

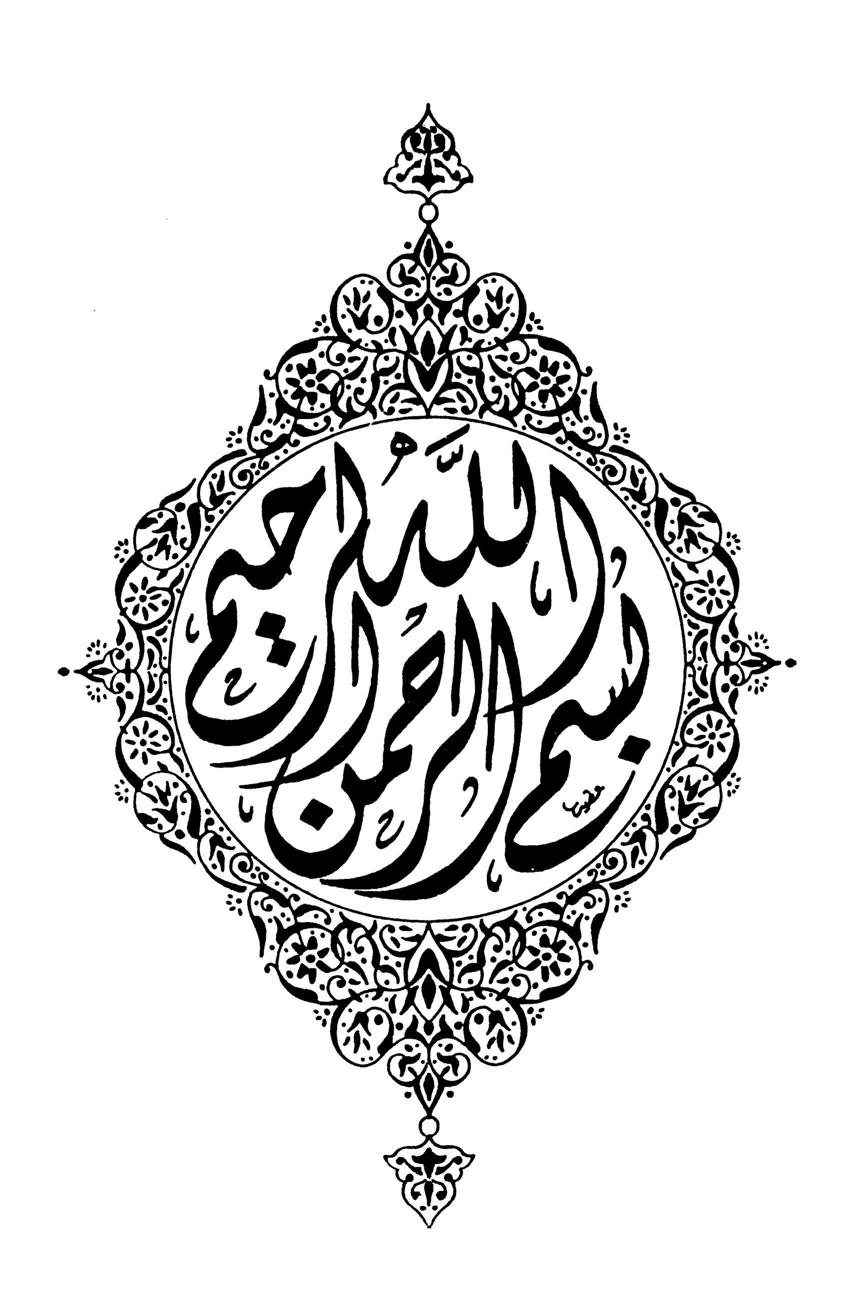
جامعة الإمارات العربية المتحدة

كلية الشريعة والقانون

مجلة
الشريعة والقانون

"حولية محكمة"

العدد الثاني: رمضان ١٤٠٨ هـ ـ مايو (أيار) ١٩٨٨ م.


بسم الله الرحمن الرحيم

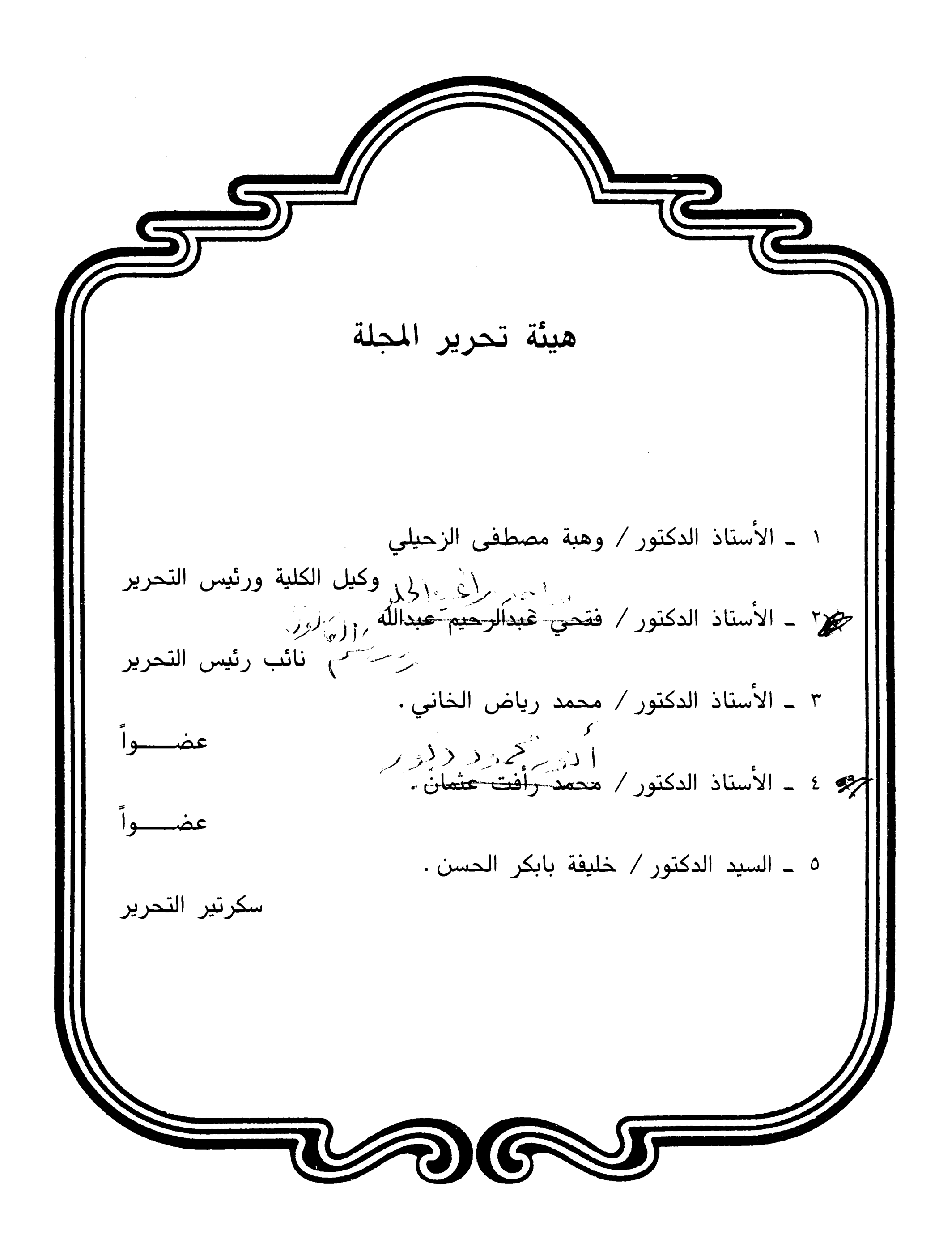


بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ يَرْفَعِ ٱللَّهُ ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ مِنكُمْ وَٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْعِلْمَ دَرَجَٰتٍ ﴾

صدق الله العظيم

* ترسل البحوث باسم الأستاذ الدكتور رئيس التحرير على العنوان التالي :
دولة الإمارات العربية المتحدة ـ جامعة الإمارات العربية المتحدة ـ كلية الشريعة والقانون / العين ـ ص.ب : ١٥٥٥١ ـ تلفون : ٦٤٣٩٩٨ .



هيئة تحرير المجلة

تقديـــــم

بسم الله والصلاة والسلام على رسول الله وبعد:

لقيت المجلة ـ والحمد لله ـ في عددها الأول إستحساناً طيباً، وترحاباً حاراً من مختلف الجهات التي وصلها العدد، سواء في نطاق الجامعات أو المؤسسات أو المجامع العلمية العربية أو المكتبات المتخصصة.

وهذا دليل على أن ما تؤديه المجلة من تثقيف هادف، وتوعية مركزة، وما تقدمه من بحوث متخصصة، ومقارنة بناءة بين الدراسات الشرعية والقانونية، له أبعاده وثماره اليانعة وآفاقه الرحبة في مجال تنمية المدارك والمعارف والخبرات النظرية والعملية.

وقد روعي في اختيار البحوث عمق التخصص، وجدواها في حياتنا العلمية الجادة ذات المسيرة الهادئة التي يجب أن تستهدف رصد الحركة العلمية المتوثبة، وتوجيهها نحو الأفضل والأجدى في نطاق المجتمع وخدمة أهدافه وتطلعاته.

وحرصاً منا على التزام هذا المنهج والسير في أفقه ومخططه، لم يقبل بحث شرعي أو قانوني في المجلة إلا بعد تقديم تقرير عن مدى صلاحيته للنشر من الناحيتين الموضوعية واللغوية، يتولى إعداده محكّم من خارج دولة الإمارات العربية المتحدة.

وتجدر الإشارة إلى أن كلية الشريعة والقانون ـ جامعة الإمارات ـ لتلقى بحق وتقدير كل تأييد وتشجيع من قبل سمو الرئيس الأعلى للجامعة، ومدير الجامعة وأمينها العام وإدارتها المالية، مما يستوجب تقديم أخلص الشكر لهم، والمضي في الطريق الواضح الذي رسمناه لأنفسنا، وتحملنا مسؤوليته لإغناء حقل البحث العلمي، وإفادة رواد العلم والمعرفة ودعم الثقافة الأصيلة في مجال الشرع والقانون.

اسأل الله العلي القدير أن يسدد خطانا في المضي في درب المسيرة العلمية الظافرة التي تنتهجا جامعة الإمارات الفتية، والمتفتحة على الآفاق العلمية المعاصرة، والملتزمة بالمنهج الإسلامي والعربي والتراث الحضاري لأمتنا العريقة التي بنت أمجادها على أسس علمية متينة، واستهدفت رقي أبنائها وتقدم مجتمعها وإصلاح الإنسانية. والله ولي التوفيق،،،

أ. د. وهبة الزحيلي
القائم بعمادة الكلية

البحوث والدراسات الشرعية



عقود جديدة

عقد المقاولة، بيع الاسم التجاري والترخيص، التنازل عن المنفعة بمقابل (بدل الخلو).

بقلم

الأستاذ الدكتور / وهبة الزحيلي *

* أستاذ الفقه الإسلامي وأصوله بجامعتي دمشق والإمارات له مؤلفات عديدة في الفقه الإسلامي وأصوله منها: آثار الحرب في الفقه الإسلامي والفقه الإسلامي وأدلته موسوعة فقهية في ثمانية أجزاء، وأصول الفقه الإسلامي موسوعة أصولية في جزءين، ونظرية الضمان ونظرية الضرورة.



هذه طائفة جديدة من العقود والاتفاقات تتطلب حلاً، وتعرفاً لحكمها في الفقه الإسلامي، وقد رأيت تحليل مضمون هذه الاتفاقات وبيان مدى موافقتها لأحكام الشريعة الإسلامية وهل هي جائزة شرعاً أم لا؟

أولاً ـ عقد المقاولة:

ظهرت في الحياة المعاصرة، عقود جديدة احتلت مكانة مرموقة عملية، وحققت حاجات حيوية لكثير من الناس، من أهمها وأكثرها شيوعاً بعد عقود البيع والإيجار والشركة: عقد المقاولة الذي أضحى ذا أهمية عملية في ميدان الصناعات والأعمال والانشاءات الكبرى، فلا نكاد نجد مشروعات ضخمة من إقامة المصانع والمعامل والمباني والجسور والطرقات والمطارات والموانىء، إلا بواسطة المقاولين الذين يقومون بتنفيذ هذه الأعمال على وفق الشروط والمناقصات والتصميمات والخطط الموضوعة.

والفقه الإسلامي الذي يعتمد على الاجتهاد والتجديد والتطور ومراعاة الواقع والأعراف الصحيحة التي لا تصادم النصوص الشرعية في القرآن والسنة النبوية، لا يمانع من إقرار هذا العقد وتأصيله بالضوابط الأصولية والفقهية والاجتهادات المذهبية.

فهو أولاً ينسجم مع نظرية الحنابلة القائلة بأن الأصل في العقود والشروط الإباحة، فإذا وجد نص شرعي مانع أو محرم، عمل به وهو ثانياً معمول به في جميع البلاد، وأصبح التعامل به عرفاً عاماً في مختلف البلاد، ويحقق مصلحة كبيرة للناس، ويتجاوب مع حوائجهم.

وهو ثالثاً يتشابه مع عقد الاستصناع وعقد الإجارة على الأعمال إجارة مشتركة أو عقد الأجير العام أو المشترك. والاستصناع: عقد مع صانع على عمل شيء معين في الذمة فتكون المادة والعمل من الصانع، وقد يكون العمل فقط هو المعقود عليه، لأن الاستصناع طلب الصنع، وهو العمل. والأجير المشترك: هو الأجير العام الذي يعمل لكافة الناس بالأجر، كالخياط والصباغ والحمال ومتعهد النقل البري أو البحري أو

الجوي، ويقابله الأجير الخاص: وهو الذي يعمل لواحد من الناس.

وينعقد الاستصناع بالإيجاب والقبول من المستصنع والصانع، وهو عقد يشبه السَّلَم، لأنه بيع المعدوم، وأن الشيء المصنوع ملتزم عند العقد في ذمة الصانع البائع، ولكنه يفترق عنه في أنه لا يجب تعجيل الثمن ولا بيان مدة الصنع والتسليم، ولا كون المصنوع مما يوجد في الأسواق. والاستصناع يشبه الإجارة أيضاً، لكنه يفترق عنها من حيث إن الصانع يصنع مادة الشيء المصنوع من ماله. والاستصناع جائز بإجماع الفقهاء المبني على العرف.

والمقاولة: عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر، فهي إذاً عقد معاوضة رضائي يلتزم فيه المقاول أو العامل صناعة شيء أو أداء عمل، كالإشراف على البناء في مقابل التزام الطرف الآخر بتقديم بدل نقدي متفق عليه، إما شهرياً، وإما بنسبة معينة مثل ١٥٪ من النفقات.

ويجوز أن يقتصر تعهد المقاول على تقديم العمل، ويقدم صاحب العمل المادة المستخدمة أو المستعان بها في القيام بالعمل.

ويجوز أيضاً أن يتعهد المقاول بتقديم المادة والعمل معاً، أي المادة التي تدخل في تركيب المصنع أو البناء مثلاً، مع العمل الفعلي من تقديم الأدوات وتشغيل العمال.

ويجب في عقد المقاولة وصف المحل وبيان النوع والمقدار وطريقة الأداء ومدة الإنجاز وتحديد مقدار البدل المدفوع.

وهذه الأحكام كلها مطابقة لأحكام الاستصناع المقررة فقهاً. وأجاز الصاحبان من الحنفية عقد الاستصناع، سواء حدد فيه أجل أو لم يحدد، لأن العادة جارية بتحديد الأجل في الاستصناع.

لهذا كله أقرت قوانين المعاملات المستمدة من الفقه الإسلامي عقد المقاولة فنص قانون المعاملات المدنية في دولة الإمارات العربية المتحدة في المواد (٨٧٢ ـ ٨٩٦) على أحكام عقد المقاولة أحد عقود العمل الثلاثة (عقد المقاولة والوكالة والإيداع). وكذلك نص القانون المدني الأردني (م ٧٨٠ ـ ٨٠٤) على ذلك العقد وأحكامه، بدلاً من اصطلاح عقد الاستصناع واصطلاح «استئجار الأجير» المقترن في الأذهان بشيء من المذلة والهوان، ورئي استعمال كلمة «البدل» لتشمل الثمن والأجرة.

ونص هذان القانونان على آثار المقاولة المتضمنة بيان التزامات المقاول والتزامات صاحب العمل.

أما التزامات المقاول بمقتضى العقد فهي تشبه تماماً ما يسمى في الفقه الإسلامي بالتزامات الأجير المشترك والأجير الخاص، وهي ما يلي:

١ ـ جودة مادة العمل: إذا تعهد المقاول تقديم مادة العمل كلها أو بعضها وهي المادة الأولية اللازمة لتنفيذ العمل، كان مسؤولاً عن جودتها على وفق شروط العقد أو العرف

الجاري، فالمؤمنون أو المسلمون على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، وان الله تعالى يحب إذا عمل أحدكم عملاً أن يتقنه.

٢ ـ الحفاظ على مصلحة صاحب العمل: إذا قدم صاحب العمل مادة العمل، وجب على المقاول صونها والحرص عليها ومراعاة الأصول الفنية في صنعها، ورد ما بقي منها لصاحبها، لأنه أمين على مصلحة صاحب العمل، فإن أهمل أو قصر في ذلك، فتلفت أو تعيبت أو فقدت، فعليه ضمانها، قال الله تعالى: ﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها﴾ (النساء: ٥٨).

٣ ـ تقديم ما يحتاجه إنجاز العمل من آلات وأدوات: على المقاول أن يأتي عملاً بمقتضى العقد بما يحتاج إليه في إنجاز العمل من آلات وأدوات إضافية على نفقته، ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغير ذلك، إذ إن من طبيعة عقد المقاولة إنجاز العمل الذي التزم المقاول القيام به، وتقديم الأدوات والآلات يعد من الوسائل الضرورية للإنجاز، والوسيلة لها حكم الغاية، فإن اتفق العاقدان على خلاف ذلك أو قضى عرف بغير هذا عمل بموجب الاتفاق أو بمقتضى العرف.

٤ ـ إنجاز العمل على وفق شروط العقد: يجب على المقاول إنجاز العمل طبقاً لشروط العقد، فإذا أخل بشرط منها، جاز لصاحب العمل طلب فسخ العقد في الحال إذا تعذر إصلاح العمل.

وأما إذا كان إصلاح العمل ممكناً، كان لصاحب العمل إنذار المقاول بتصحيح العمل خلال أجل معقول، فإذا انقضى الأجل دون إتمام التصحيح، جاز له أن يطلب من القاضي فسخ العقد أو الترخيص له في العهدة لمقاول آخر بإتمام العمل على نفقة المقاول الأول.

٥ ـ ضمان الضرر أو التلف والتهدم: يضمن المقاول ما تولد عن فعله وصنعه من ضرر أو خسارة، سواء أكان بتعديه أو تقصيره أم لا، لأنه كالأجير المشترك ضامن لما يسلم إليه من أموال الناس عملاً بما أفتى به عمر وعلي ـ رضي الله عنهما ـ من تضمين الصناع والصواغ، وقالا: «لا يصلح الناس إلا ذاك» وأخذ بذلك فقهاء الحنفية والمالكية. ويستثنى من ذلك ما إذا وقع الضرر بسبب حادث لا يمكن تجنبه أو التحرز عنه، عملاً بالقاعدة الشرعية: «كل ما لا يمكن التحرز عنه لا ضمان فيه».

فإن كان محل عقد المقاولة إقامة مبان أو منشآت ثابتة أخرى، يصممها المهندس وينفذها المقاول تحت إشرافه، كانا متضامنين في التعويض لصاحب العمل عما يحدث خلال عشر سنوات تبدأ من وقت تسليم العمل، من تهدم كلي أو جزئي في البناء، وعن كل عيب يهدد متانة البناء وسلامته، إذا لم يتضمن العقد مدة أطول، حتى ولو كان الخلل أو التهدم ناشئاً عن عيب في الأرض ذاتها، أو رضي صاحب العمل بالعيب.

وإذا اقتصر عمل المهندس على وضع التصميم دون الإشراف على التنفيذ، كان مسؤولاً عن عيوب التصميم، لأن «الخراج بالضمان» أي الغنم بالغرم أو الغرم بالغنم».

ويبطل كل شرط يقصد به إعفاء المقاول أو المهندس من الضمان أو الحد منه، لأن ذلك يتنافى مع المصلحة ومع حق الآخرين، فهو أي المسؤولية عن الضمان من قواعد الشرع الأساسية أو من قواعد النظام العام في الاصطلاح القانوني.

واحتياطاً من القانون ـ قانون المعاملات المدنية في دولة الإمارات وأصله القانون المدني الأردني ـ أبان أنه لا تسمع دعوى الضمان بعد انقضاء ثلاث سنوات على حصول التهدم أو اكتشاف العيب، أخذاً بمبدأ المنع من سماع الدعوى وتخصيص القضاة في مذهب الحنفية.

وأما حق المقاول في الأجرة فمأخوذ من المذهب الحنفي في ضمان الأجير المشترك على التفصيل التالي:

أ) إذا كان لعمل المقاول أثر في العين التي يعمل فيها، كالخياط والصباغ، جاز له حبسها حتى يستوفي الأجرة المستحقة. وإذا تلفت في يده قبل سداد الأجرة، فلا ضمان عليه، ولا أجرله.

ب) وأما إذا لم يكن لعمله أثر في العين كالحمال والملاح، فليس له أن يحبسها لاستيفاء الأجرة، فإن فعل وتلفت، كان عليه ضمان الغصب، وهو أنه يضمن الشيء أياً كان سبب تلفه، قضاء وقدراً أو بالتعدي أو بالتقصير في المحافظة على الشيء.

وأما التزامات صاحب العمل فهي مستمدة من الفقه الحنفي وهي اثنان:

أ) تسلم ما تم من العمل بعد إنجازه: على صاحب العمل تسلم ما تم من العمل متى أنجزه المقاول، ووضعه تحت تصرفه، فإذا امتنع بغير سبب مشروع رغم إنذاره رسمياً، وتلف في يد المقاول أو تعيب بدون تقصير، فلا ضمان عليه، لأن الأجير الخاص أمين، فلا يضمن ما تلف في يده بلا تعد ولا تقصير.

٢ ـ دفع الأجرة عند تسلم المعقود عليه: على صاحب العمل دفع البدل المتفق عليه عند تسلم العمل المعقود عليه، لأن الأجرة تلزم باستيفاء المنفعة ما لم يتفق أو يتعارف على غير ذلك، قال النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ: (أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه).

فإذا كان عقد المقاولة على أساس الوحدة، مثل كل بناء على حدة، وبمقتضى تصميم معين، ثم تبين أن تنفيذ التصميم يقتضي زيادة جسيمة في النفقات، جاز لرب العمل أن يتحلل من العقد، مع ايفاء المقاول حقه عما أنجزه من الأعمال، مقدرة على وفق شروط العقد.

أما إذا كان تنفيذ العمل على أساس تصميم معين لقاء أجر إجمالي، فليس للمقاول المطالبة بأية زيادة في الأجر.

ولكن إذا حدث في التصميم تعديل أو إضافة برضا صاحب العمل، يراعى الاتفاق مع المقاول، مراعاة لحقه، وتنفيذاً لمقتضى الاتفاق الجديد.

وإذا لم يعين في العقد أجر على العمل، استحق المقاول أجر المثل مع قيمة المواد التي تطلبها العمل.

وكذلك إذا لم يتفق المهندس الذي صمم البناء، وأشرف على تنفيذه بالأجر استحق أجر المثل حسب الجاري عرفاً، فإن طرأ ما يحول دون إتمام تنفيذ العمل حسب التصميم الذي أعده، استحق أجر مثل ما قام به من عمل دون الباقي.

وعلى المقاول أن يقوم بتنفيذ العمل بإشرافه عليه بنفسه، فإن اتفق مع شخص آخر على أن يقوم له بعمل معين، فإن شرط في العقد أن يقوم به بنفسه، أو كانت طبيعة العمل تقتضي ذلك، فليس للمقاول أن يكل العمل كله أو بعضه إلى شخص آخر.

وإن لم يكن هناك شرط أو مقتضى طبيعة عمل، فللمقاول أن يتفق مع مقاول آخر على تنفيذ العمل كله أو بعضه، وتبقى مسؤولية المقاول الأول قائمة قبل صاحب العمل. ولا يجوز للمقاول الثاني أن يطالب صاحب العمل بشيء مما يستحقه المقاول الأول إلا إذا أحاله على رب العمل.

وهذا المقرر في قانون الإمارات (م ٨٩٠ ـ ٨٩١) والقانون الأردني (م ٧٩٨ ـ ٧٩٩) مأخوذ من فقه الحنفية في حالة الاتفاق مع الأجير على أن يعمل بنفسه أو كان العقد مطلقاً عن الشرط.

انقضاء المقاولة:

تنتهي المقاولة في الحالات التالية المشابهة لحالات انتهاء الإجارة المقررة في المذهب الحنفي وهي:

١ ـ إنجاز العمل المتفق عليه: فإذا أنجز العمل المطلوب، لم يبق مسوغ لبقاء عقد المقاولة، لأن العقد يزول بتحقيق غايته المقصودة منه.

٢ ـ فسخ العقدبالتراضي أو بالقضاء: ينتهي العقد باتفاق الطرفين على إنهائه أو فسخه، فإن لم يتفقا على ذلك، جاز فسخه قضاء بطلب أحد الطرفين.

٣ ـ فسخ العقد لعذر: إذا حدث عذر يحول دون تنفيذ العقد أو إتمام تنفيذه، جاز لأحد عاقديه أن يطلب فسخه أو انهاءه حسب الأحوال، كما تفسخ الإجارة في المذهب الحنفي بالأعذار الطارئة، فإذا تضرر أحد العاقدين بالفسخ، جاز له مطالبة الطرف الآخر بالتعويض المتعارف عليه.

٤ ـ عجز المقاول عن إتمام العمل: إذا أصبح المقاول عاجزاً كلياً عن إتمام العمل لسبب لا يدله فيه من مرض أو حادث جسيم، فإن المقاولة تنتهي، ويستحق المقاول قيمة ما أتم من الأعمال وما أنفق في سبيل التنفيذ.

٥ ـ موت المقاول: ينتهي عقد المقاولة بموت المقاول إذا كان متفقاً على أن يعمل بنفسه، أو اعتباراً لمؤهلاته الشخصية.

فإن لم يكن هناك مثل هذا الشرط، أو لم تكن مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار في التعاقد، جاز لصاحب العمل طلب فسخ العقد إذا لم تتوافر في الورثة الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل.

وفي حال الموت أو الفسخ، يدخل في التركة قيمة ما تم من الأعمال والنفقات حسب شروط العقد ومقتضى العرف.

ثانياً: ـ بيع الإسم التجاري والترخيص:

أقرت القوانين الوضعية الحديثة ما يسمى بحق الملكية الأدبية والفنية والصناعية، مثل حقوق التأليف، وحق الرسام في لوحاته المبتكرة، وبراءة الاختراع، والعلامات التجارية الفارقة، والاسم التجاري والترخيص.

فلا يجوز لأحد المساس بهذا الحق أو الاعتداء عليه، ويجوز لصاحبه أن يتنازل عنه في مقابل عوض مالي أو نقدي، بسبب الشهرة التي أحدثها صاحبه في محل الحق، وحق الرواج في الأسواق للأشياء التي تحمل اسمه، بناء على ترخيص من الدولة، وحماية منها لهذه الحقوق.

والسؤال الآن، هل يجوز بيع هذا الحق؟ وخصوصاً بيع الاسم التجاري والترخيص الممنوح من الدولة بإقامة مصنع أو فتح متجر مثلاً.

يمكن الإجابة عن هذا السؤال من خلال ما أبانه فقهاؤنا في تعريف المال والملك، وضوابط التمول، والاعتياض عن الحق.

للفقهاء في هذا اتجاهان: الأول ـ لمتقدمي الحنفية، والثاني ـ لمتأخري الحنفية وجمهور الفقهاء.

أما الإتجاه الأول لمتقدمي الحنفية: فهو أن الشيء لا يعد مالاً إلا بتوافر عنصرين فيه، وهما إمكان الحيازة والإحراز، وإمكان الانتفاع به عادة أو عرفاً، فلا يعد مالاً ما لا يمكن حيازته وإحرازه كالأمور المعنوية كالعلم والصحة والشرف، وكذا كل ما لا يمكن الإنتفاع به إما لضرره وفساده كلحم الميتة والطعام المسموم أو الفاسد، وإما لتفاهته كحبة حنطة أو قطرة ماء. وهذا يعني أن المال عند هؤلاء يقتصر على ما له صفة مادية محسوسة، أما المنافع والحقوق فليست أموالاً وإنما هي ملك، لا مال؛ لعدم إمكان حيازتها بذاتها، وإذا وجدت فلا بقاء ولا استمرار لها؛ لأنها معنوية، وتنتهي شيئاً فشيئاً تدريجياً إذا لم تستوف المنفعة مع مرور الزمان المتجدد.

ويمكن أخذ العوض عن المنفعة إذا وردالعقد عليها، كعقد الإيجار، وأما الحقوق المجردة كحق الشفعة، وحق الحضانة والولاية والوكالة وحق المدعي في تحليف خصمه

اليمين، وحق المرأة في قسم زوجها لها كما يقسم لضَرتها، فلا يجوز الاعتياض عنها[1]، لأنها حقوق أثبتها الشرع لأصحابها لدفع الضرر عنهم، وما ثبت لدفع الضرر لا يصح الصلح عنه أو التنازل عنه بعوض.

وهناك حقوق ثبتت لأصحابها أصالة لا على وجه رفع الضرر، كحق ولي المقتول بالقصاص من القاتل، وحق الزوج في بقاء عقد الزواج قائماً أي استمرار الزوجية، وهذه الحقوق يجوز أخذ البدل عنها والمعاوضة عليها بالمال، فيجوز لولي الدم (المقتول) أن يعفو عن حقه بالقصاص مقابل مال من القاتل، وللزوج أن يأخذ من زوجته مالاً (عوض الخلع) مقابل التنازل عن حقه في فسخ الزواج. ومن هذه الحقوق حقوق الارتفاق، كحق التعلي وحق الشرب وحق المسيل، يجوز المعاوضة عنها بالمال؛ لأنها ثبتت لأصحابها ابتداء بحق شرعي، ولتعارف الناس التنازل عنها بالمال[2]. وحق الملكية الأدبية والفنية والصناعية ومنه بيع الاسم التجاري والترخيص من هذا النوع الثاني؛ لأن هذا الحق الذي يثبت لصاحبه دفعاً للضرر عنه فقط، إنما ثبت له ابتداء، فلم توجد الشهرة التجارية ورواج السلعة إلا بجهد صاحب الإسم التجاري وتعبه وعنائه وإتقانه العمل، فصار حقه أصيلاً ملازماً له، يجوز له الاعتياض عنه بالمال، وبخاصة أن الاعتياض عنه بالمال، أصبح عرفاً عاماً مقرراً، وممنوحاً من الدولة في قوانين الدول المعاصرة، ثم ان الاسم التجاري والترخيص عنصر من عناصر المحل التجاري.

كما ان الترخيص أصبح ذاقيمة مالية في عرف الناس، إذ لا يمكن الحصول عليه إلا بجهود متواصلة وكبيرة، وبعد دفع رسوم كثيرة للدولة، فصار ملكاً لمن منح له الترخيص، وكلما يجري فيه الملك تجري فيه المعاوضة فيما عدا الحقوق المقررة في النوع الأول عند الحنفية.

أما متأخرو الحنفية: فلم يجعلوا إمكان الحيازة والإحراز أو العينية المادية من مقومات المال، جاء في الدر المنتقى شرح الملتقى في تعريف المال: «ويطلق المال على القيمة، وهي ما يدخل تحت تقويم مقوم من الدراهم والدنانير[3]. وهذا يدل على أن كل ما له قيمة بين الناس فهو مال شرعاً؛ لأن القيمة المالية تتضمن وتستلزم المنفعة، ولا يتعارف الناس تقويم ما ليس له منفعة، ولا يجري فيه التعامل، ثم ان متأخري الحنفية أفتوا بضمان منافع المغصوب في ثلاثة أشياء، منها المال المعدّ للاستغلال، والشيئان الآخران: المال الموقوف ومال اليتيم.

وأما الإتجاه الثاني لجمهور الفقهاء (من المالكية والشافعية والحنابلة)[4]. فيلتقي مع رأي متأخري الحنفية، فهم يعرّفون المال بأنه: كل ما له قيمة مالية عرفاً يلزم متلفه بضمانه. وهذا يلتقي مع القوانين الوضعية في تعريف المال، ويشمل الأعيان والمنافع وسائر الأمور المعنوية كالحقوق من كل ما يدخل تحت الملك؛ لأن الحقوق كلها تقوم على أساس الملك، اذ الحق جوهره الاختصاص، والاختصاص جوهر الملك وحقيقته،

وإلا لما كانت حقوقاً، بل مجرد إباحات، واذا كانت الحقوق من قبيل الملك فالحقوق أموال، إذ المال مرادف للملك في رأي الفقهاء الذين عرفوا الملك: بأنه اختصاص حاجز شرعاً يخول صاحبه التصرف فيه إلا لمانع.

وحق الملكية يمنح صاحبه سلطات أو صلاحيات ثلاثاً هي الاستعمال والاستغلال والتصرف، وبتعبير فقهائنا: «التمكين من الانتفاع». والتصرف يجيز التنازل عن محل الحق بعوض أو بغير عوض. وهذا يعني أن المعاوضة أثر الملك وثمرته، وأن لصاحبه عليه حقاً عينياً، بدليل اعتراف القوانين به، وعرف الناس عليه.

والعرف الحالي هو الذي جعل للاسم التجاري والترخيص صفة المالية، ومستند هذا العرف الاستصلاح أو المصلحة المرسلة المتعلقة بالحقوق الخاصة والعامة، ولا يتعارض هذا العرف مع نص شرعي، وانما يتعارض عند متقدمي الحنفية مع القياس، والقياس يترك بالعرف العام باتفاق العلماء.

والعلاقة بين الاسم التجاري والترخيص وبين صاحبه علاقة اختصاصية ومباشرة، كسائر الحقوق الأدبية، فهو اذاً حق عيني لا شخصي، كأي حق ملكية آخر، والحق العيني كما هو معروف: سلطة مباشرة بين شخص وشيء معين بذاته.

والخلاصة: ان بيع الاسم التجاري والترخيص في الأعراف السائدة اليوم أمر جائز فقهاً؛ لأنه أصبح مالاً، وذا قيمة مالية، وله دلالة تجارية معينة، يحقق رواج الشيء الذي يحمل الاسم التجاري، والذي منح صاحبه ترخيصاً بممارسة العمل، وهو مملوك لصاحبه، والملك يفيد الاختصاص أو الاستبداد أو التمكن من الانتفاع بالشيء المملوك، والعلاقة بين الشخص واسمه التجاري علاقة حق عيني، اذ هي علاقة اختصاصية ومباشرة، ومستند كون الاسم التجاري متمولاً هو العرف المستند الى مصلحة معتبرة شرعية تتضمن جلب المنفعة ودفع المضرة. ولا يصادم ذلك نصاً شرعياً. وهذا ينطبق على كل «انتاج فكري» أدبي أو فني أو صناعي، لما له من قيمة مالية بين الناس عرفاً. وخصائص الملك شرعاً تثبت فيه وهي الاختصاص الذي هو جوهر حق الملكية، والمنع أي منع الغير من الاعتداء عليه الا باذن صاحبه، وجريان التعامل فيه، والمعاوضة عنه عرفاً.

ثالثاً ـ بدل الخلو:

إن موضوع «بدل الخلو» أو «مقابل الخلو» من الموضوعات المهمة جداً في الحياة المعاصرة، والذي يتطلب إبداء الحكم الشرعي فيه، بسبب إباحته في أعراف الناس، ومنعه في القوانين الوضعية، فإنها لا تجيز أخذ بدل الخلو كالذي يدفعه المستأجر للمالك في بداية عقد الإيجار إضافة إلى الأجرة، ويحكم القاضي عادة بوجوب رده لدافعه إذا ادعى على المالك أنه قبض منه بدل خلو.

لذا تكرر السؤال عن حكمه الشرعي، وتحرَّج أهل الورع من أخذه، لاعتقادهم عدم إباحته وأنه محظور، فهو لا يعدو في تصورهم أن يكون مالاً سحتاً أو أكلاً لأموال الناس بالباطل، علماً بأنه قد يزيد بدل الخلو في أغلب الأحيان عن مجموع ما دفعه المستأجر من أجرة للمالك طوال مدة الإجارة.

وتتعقد المشكلة إزاء أزمة المساكن الحالية، وغلاء أو ارتفاع بدلات الخلو أو ما يسمى بالفروغ أو مقابل الخلو، وخصوصاً في بعض الشوارع التي أصبحت ذات مقصد كبير للتجار، حيث أصبح المحل ذا موقع مهم جداً (استراتيجي) للتجارة، أو لأغراض أخرى تطمح إليها المكاتب المؤجرة لأعمال أو مهن حرة متعددة الأنشطة في الحياة الحديثة.

وهذا يقتضينا ضرورة البت في هذا الموضوع، ببيان مدى حله أو حرمته، وشروط الحل، وحالات الحرمة، وتعيين آخذ البدل.

تعريف بدل الخلو: هو مبلغ من المال يدفعه الشخص نظير تنازل المنتفع بعقار (أرض أو دار أو محل أو حانوت) عن حقه في الانتفاع به.

وحكمه الشرعي: فيما يبدو لي ـ والله أعلم ـ ما يأتي:

أولاً ـ للمالك المؤجر أن يأخذ من المستأجر مقداراً مقطوعاً من المال، بالإضافة إلى الأجرة السنوية أو الشهرية، إذا تراضيا على ذلك، وقام المؤجر بعدها بتسليم العقار إلى المستأجر، مؤثراً إياه على غيره من المستأجرين. ويعد المأخوذ جزءاً معجلاً من الأجرة المشروطة في العقد، وتكون الأجور التي تدفع في المستقبل سنوياً أو شهرياً جزءاً آخر من الأجرة مؤجل الوفاء، مضافاً إلى ما تم تعجيله، مثل اتفاق الزوجين في العصر الحاضر على قسمة المهر إلى معجل ومؤجل، عملاً بالعرف العام السائد في البلاد الإسلامية.

ثانياً ـ إن ما يأخذه المستأجر من بدل الخلو من المالك المؤجر لفسخ عقد الإيجار، ضمن مدة العقد، وتسليمه المأجور لصاحبه يعد كسباً حراماً غير مباح شرعاً في رأي الجمهور غير المالكية وأبي يوسف؛ لأن إقالة عقود المعاوضات المالية أو فسخها، كالبيع والإيجار، لا تجوز إلا بنفس العوض الذي تم التعاقد عليه في رأي الإمام أبي حنيفة الذي يجعل الإقالة فسخاً في حق العاقدين، بيعاً جديداً في حق شخص ثالث غيرهما.

ومقتضى هذا الرأي أن الإقالة للبيع ومثله الإيجار تصح بالثمن الأول، ويبطل ما شرطه المتعاقدان من الزيادة أو النقص أو الأجل، أو الجنس الآخر من الأعواض، سواء أكانت الإقالة قبل القبض أم بعده؛ لأن الإقالة فسخ في حق العاقدين، والفسخ رفع العقد والعقد وقع بالعوض الأول، فيكون فسخه بالعوض الأول، ويبطل الشرط الفاسد في البيع ونحوه، فلا تجوز عندهم الزيادة ولا النقصان.



الضوابط الشرعية لحماية المستهلك

بقلم

أ . د . رمضان علي السيد الشرنباصي *

(*) أستاذ ورئيس قسم الشريعة بكلية الحقوق بجامعة المنصورة، معار إلى قسم الشريعة بكلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات، ويتقلد الآن رئاسة القسم - له العديد من المؤلفات في الفقه الإسلامي منها «حماية المستهلك في الفقه الإسلامي»، «السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية»، «العقوبة في الشريعة» وبحوث أخرى.



تمهيــــــد

لم توجد حماية تشريعية للمستهلك في القوانين الوضعية إلا بعد عام سنة ١٩٤٥م، عقب الحرب العالمية الثانية حيث الأزمة الإقتصادية الطاحنة التي اجتاحت العالم في تلك الآونة وعجز الإنتاج عن الوفاء بمطالب الناس وارتفعت الأسعار وضاق الناس ذرعاً بهذا الأمر الذي تنبه له المشرع الوضعي ووضع القوانين حماية للمستهلك ابتداء من هذا العام وليس الأمر كذلك في الفقه الإسلامي فإن حماية المستهلك في التشريعات الإسلامية تمت في عصر تكوين الرسالة في عهده ـ صلى الله عليه وسلم ـ. والمعروف أن الشريعة الإسلامية نظمت الحياة الإنسانية على الإطلاق في المعاش والمعاد (أي في الدنيا والآخرة). ومن يك في مرية من هذا فليراجع نفسه وليصحح عقيدته ولقد وضع الفقه الاسلامي الضوابط الكافية لحماية المستهلك وهي كثيرة أذكر طرفاً منها نظراً لضيق المقام: ولست أدعي السبق في هذا البحث فإنني مسبوق بكتابات لأساتذة أجلاء وأنا على هديهم أسير وليس لي مهمة إلا الجمع فقط فإن أحسنت فمن الله، وإن أخطأت فمني ومن الشيطان، وأسأل الله العافية وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

أولاً ـ حماية المستهلك من الغبن والتغرير

قد يحدث أن يقع المشتري فريسة لعقد ضاع حقه فيه بسبب غبن أو تغرير أو غش أو خداع أو مكر من البائع فما المخرج في هذه الحالة وما الضمانات الكفيلة بإخراجه من هذا المأزق. هذا ما سنجيب عليه في هذا المقام وهو يقتضي أن نتكلم في مسألتين:

المسألة الأولى: في الغبن.

المسألة الثانية: في التغرير.

المسألة الأولى

الغـــبن

والغبن في اللغة[١] هو النقص.

ويعرف عند الفقهاء[٢]: بأن يكون أحد العوضين غير متماثل مع الآخر في القيمة.

ونحن نعلم أن البيع والشراء مشروع ليربح الناس من بعضهم فأصل المغابنة لا بد منه لأن كلاً من البائع والمشتري يرغب في ربح كثير والشارع لم ينه عن الربح في البيع والشراء ولم يحدد له قدراً ما لم يكن استغلالاً لحاجة الناس انما ينهي عن الغش والتدليس ومدح السلعة بما ليس فيها واخفاء ما بها من عيب ونحو ذلك فمن فعل في سلعة شيئاً من ذلك كان لمن أخذها الحق في ردها، وقد شرع الخيار ليكون للبائع والمشتري فرصة في التأمل حتى لا يغبن أحدهما ولا يندم فمن الممكن أن يحتاط البائع والمشتري حتى لا يغبن واحد منهما الثاني.

ولكن اذا وقع ذلك بدون تدليس أو غش فما الحكم وما الحد الذي يغتفر منه وما لا يغتفر؟

قال الحنفية[٣]: الغبن الفاحش هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين[٤]. كما إذا اشترى السلعة بعشرة فقومها بعض أهل الخبرة بخمسة وبعضهم بستة وبعضهم بسبعة ولم يقل أحد أنها بعشرة. فالثمن الذي اشتريت به السلعة لم يدخل تحت تقويم أحد. أما إذا دخل تحت التقويم كأن قال بعضهم بثمانية وبعضهم بسبعة وبعضهم بعشرة فإنه لا يكون غبناً. لأن السعر الذي اشتريت به قال به بعضهم فدخل تحت التقويم.

حكم الغبن الفاحش: وحكم الغبن الفاحش عندهم أن المبيع لا يرد به إلا في حالة الغرر فإن قال البائع للمشتري إن هذه القطيفة مثلاً مصرية فاشتراها بخمسين درهماً ثم تبين أنها هندية تساوي عشرين درهماً. فللمشتري الحق في ردها. وكذا إذا قال المشتري للبائع ان هذا الخروف مثلا يساوي مائة وخمسين درهماً ثم تبين أنه يساوي

مائة وثمانين درهماً فإن للبائع الحق في فسخ البيع . وإذا تصرف في بعض المبيع قبل علمه فإن كان مثلياً فإنه يصح أن يأتي بالمثل الذي تصرف فيه ويرد المبيع كاملاً ويأخذ ما دفعه من الثمن كاملاً .

أما إذا كان قيمياً أي له قيمة ولكنه استهلك بأن تصرف فيه أو في بعضه أو حدث فيه ما يمنع الرد فإنه يسقط خياره حينئذ(٥) .

المالكية(٦) : والمشهور عندهم : أنه لا يرد المبيع بالغبن في الربح ولو كان كثيراً فوق العادة إلا في حالات أحدها : أن يكون البائع أو المشتري بالغبن وكيلاً أو وصياً فإذا كان كذلك فإن بيعهما وشراءهما يرد فللموكل أو المحجور عليه أن يرد المبيع . فإذا وكل شخص آخر بأن يشتري له سلعة فاشتراها له بغبن فاحش أو محاباة لبائعها كان للموكل الحق في رد تلك السلعة إذا كانت قائمة لم تتغير فإن تغيرت فإن له الحق في الرجوع بذلك على المشتري وهو الوكيل . وكذلك إذا وكله أن يبيع له سلعة فباعها بغبن فاحش فإن له أن يستردها إذا لم يطرأ عليها ما يمنع الرد فإن لم يمكن ردها رجع بالنقص على المشتري ، فإن تعذر رجع به على البائع ومثل الوكيل الوصي فإن للمحجور عليه أن يفعل في بيعه وشرائه ذلك . ولكن المالكية اختلفوا في حد الغبن الفاحش على النحو الآتي ، قال بعضهم إذا بيعت السلعة بزيادة الثلث عن قيمتها أو بنقص الثلث كان غبناً .

ولكن المعتمد أن الغبن زيادة السلعة عن قيمتها زيادة واضحة أو نقصها نقصاً واضحاً فمتى كانت الزيادة أو النقص ظاهرين كان ذلك غبناً فاحشاً .

ثانيهما : أن يستسلم المشتري للبائع كأن يقول له اشتر مني كما تشتري من الناس فإنه في هذه الحالة إذا غبن البائع أو المشتري غبناً فاحشاً كان لهما الحق في رد المبيع .

ثالثهما : أن يستأمن البائع المشتري أو العكس كأن يقول له ما تساوي هذه السلعة من الثمن لأشتري به أو أبيعها به فإذا أخبره بنقص أو زيادة كان له الحق في رد السلعة .

وقد أفتى بعض المالكية : بأن المبيع إذا زاد على الثلث أو نقص عنه فسخ البيع بشرط أن يكون البائع قد باع وهو عالم بالغبن أو يكون المشتري قد اشترى وهو عالم بذلك واستمر المبيع قائماً لم يتغير قبل مرور سنة .

وقالت الشافعية : الغبن الفاحش لا يوجب رد المبيع متى كان خالياً من التدليس سواء أكان كثيرً أم قليلاً على أن من السنة ألا يشتد البائع أو المشتري حتى يغبن أحدهما صاحبه كما أن من يتلقى الركبان فيشتري منهم بغبن فاحش فإن شراءه لا ينفذ وله الحق في الرجوع .

أما الحنابلة : فقالوا ان حد الغبن الفاحش هو أن يزيد المبيع أو ينقص عما جرت به

العادة ويرد المبيع بالغبن الفاحش بالزيادة أو النقصان في ثلاث حالات:

الحالة الأولى: تلقي الركبان.

الحالة الثانية: بيع النجش.

الحالة الثالثة: أن يكون البائع أو المشتري لا معرفة لهما بالأسعار ولا يحسنان المماكسة. ويقبل قوله بيمينه أنه جاهل بقيمة الثمن ما لم تقم قرينة تكذبه في دعوى الجهل وإن كان بعض الحنابلة يرى: أنه لا يسمع قوله إلا ببينة تشهد بأنه جاهل بقيمة الثمن أما من يحسن المماكسة وله خبرة بالأسعار فإنه لا حق له في رد المبيع ولو غبن فيه غبناً فاحشاً.

أثر الغبن الفاحش:

أولاً: اتفق الفقهاء على أن هناك عقوداً تتأثر بالغبن الفاحش وهي:

١ ـ مال اليتيم إذا تصرف فيه الوصي فباعه بغبن فاحش أو كانت له أرض زراعية مثلاً فأجرها بغبن فاحش.

٢ ـ وكل محجور عليه سواء أكان الحجر للسفه أو الجنون فالقيم يلزمه أن يبعد المعاملات (التي تنشأ لصالح المحجور عليه) عن الغبن الفاحش.

٣ ـ العقود التي تصدر من الولي في أملاك بيت المال.

٤ ـ تصرف الولي في الأموال الموقوفة، كما إذا أباحه ناظر الوقف دياراً من الديار الموقوفة بعوض فيه غبن فاحش ففي جميع هذه الحالات يصبح العقد فاسداً ويطالب المستفيد باستيفاء القيمة الحقيقية ليرتفع الفساد والا بطل العقد عند الحنفية.

أما عند المالكية: فالجزاء عندهم متردد بين رأيين أحدهما: منح العاقد المغبون حق الخيار في فسخ العقد أو مطالبة الغابن بدفع فرق القيمة.

والرأي الثاني: يعطي للناس الحق في دفع الفرق إلى المغبون وامساك الشيء المتعامل فيه فإذا رفض فللمغبون الحق في نقض العقد لأن تصرف الأولياء والأوصياء والقوام على هذا الوجه فيه اضرار بالآخرين وتصرفهم ليس حراً طليقاً بل قد تعلق به حق الغير فيجب أن يرفع هذا الضرر فإذا لم تكمل القيمة الحقيقية للشيء المتعاقد فيه فلا مفر في هذه الحالة من ابطال العقد ثم ان قوامة هؤلاء إنما جعلت تحقيقاً لمصلحة من هم تحت أيديهم بالمحافظة على أموالهم من الضياع فيجب أن تكون جميع تصرفاتهم تستهدف المصلحة وتحقق الغاية المرجوة، فإذا أبعدت تصرفاتهم عن جادة الصواب وكان الغبن الفاحش أمارتها فهم بهذا قد نقضوا وظيفتها الأساسية.

ثانياً: فيما عدا هذه الصور التي ذكرناها فإن الفقهاء قد اختلفوا في أثر الغبن الفاحش على العقود ولهم في هذا المجال آراء ثلاثة.

الرأي الأول: وهو لبعض الظاهرية ويقضي ببطلان العقود محتجين بأن في الشريعة نصوصاً تنهي عن اضاعة المال واتلافه والعقد على الغبن الفاحش فيه ضياع للمال واتلاف له لأن بيع الشيء بأقل من قيمته فيه اتلاف من البائع للفرق بين قيمة الشيء الحقيقية وبين ما حصل عليه فهو قد تنازل عن جزء من المبيع للمشتري بدون مقابل وكذلك شراء الشيء بأكثر من قيمته فيه إتلاف من المشتري للفرق بين قيمة الشيء الحقيقية وبين ما دفع فهو قد ترك جزءاً من ماله بدون مقابل وبذلك يتحقق اتلاف المال في صورة الغبن الفاحش فيدخل تحت نهي الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ فتبطل العقود المشتملة عليه.

الرأي الثاني: وهو للشافعية والراجح عند الحنفية والمشهور عند المالكية: ويقضي بلزوم هذه العقود ولم يجعل للغبن الفاحش أثر مهما كان مقداره حتى لو باع ما قيمته خمسة بخمسين لشخص جاهل قيمتها. واستدل هؤلاء. بقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾.

والتصرف مع الغبن تجارة عن تراض لأن طرفي العقد المشتمل على الغبن الفاحش تراضياً فيه على هذا الوضع وهذا يتفق مع نص الآية وقد مالت إلى هذا الرأي مجلة الأحكام العدلية حيث جاء بها في المادة ٣٢٦ «إذا وجد غبن فاحش في البيع ولم يوجد تغرير فليس للمغبون أن يفسخ البيع».

الرأي الثالث: وهو للحنابلة وبعض المالكية وابن حزم الظاهري ويقضي باعطاء المغبون حق الخيار ويستند أصحاب هذا الرأي إلى ما روي عن محمد بن سيرين أن رجلاً قدم المدينة بجواري فنزل على ابن عمر فذكر الحديث: وفيه «أنه باع جارية لابن جعفر ثم جاء الرجل الى ابن عمر فقال يا أبا عبدالرحمن غبنت بسبعمائة درهم فأتى ابن عمر إلى عبدالله بن جعفر فقال انه غبن بسبعمائة درهم فإما أن تعطيها إياه وإما أن ترد عليه بيعه فقال ابن جعفر بل نعطيها إياه فقبل البائع». ومعنى هذا أنه اختار تكملة الثمن.

المسألة الثانية:

التغريـــر

تعريف التغرير: والتغرير في اللغة هو الخداع والأطماع بالباطل (جاء في القاموس المحيط غره غراً وغروراً وغرة بالكس فهو مغرور وغرير كأمير خدعه وأطعمه بالباطل).

أما التغرير عند الفقهاء: فهو إغرار العاقد وخديعته ليقدم على العقد طانا أنه في

مصلحته والواقع خلاف ذلك.

أنواعه: والتغرير نوعان: فعلي وقولي.

أما التغرير الفعلي فهو إحداث فعل في المعقود عليه ليظهر بصورة غير ما هو عليه في الواقع كصبغ الثوب القديم ليظهر جديداً وكجمع اللبن في انثى الحيوان مدة حتى ينتفخ ضرعها ويظن من يراها أنها كثيرة اللبن فيرغب في شرائها.

أثر التغرير الفعلي على العقد: التغرير الفعلي يؤثر في حكم العقد فيجعله غير لازم وللمغرور أن يفسخ العقد عند الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد وليس هذا بخيار التغرير. أما أبو حنيفة ومحمد فيعطيان للمشتري حق الرجوع بالنقصان.

فالخلاف بينهم في التطبيق فالشيء الواحد قد يعتبره بعضهم تغريراً يثبت الخيار للمغرور بينما لا يعتبره غيره كذلك ومن الأمثلة على ذلك التصرية فقد اعتبرها أكثر الفقهاء تغريراً يثبت به الخيار للمشتري بين فسخ العقد وامضائه مستندين في ذلك إلى ما روي أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن شاء أمسكها وإن شاء ردها ورد معها صاعاً من تمر»، فإنه صريح في إثبات خيار الفسخ للمشتري وأنه إذا اختار الفسخ فعليه أن يرد صاعاً من التمر بدل اللبن الذي أخذه(٧).

والحكم في ضمان اللبن بهذا المقدار المحدد: أن لبن التصرية وهو ما كان موجوداً قبل القبض اختلط باللبن الطارىء بعد القبض فلا يمكن معرفة مقدار اللبن الذي يجب على المشتري ضمانة للبائع فجعل الرسول - صلى الله عليه وسلم - له ضماناً معيناً وهو الصاع من التمر حتى يقطع النزاع بين المتعاقدين.

وقد تمسك بعض الفقهاء بظاهر هذا الحديث فأوجب صاع التمر في جميع الأحوال ومنهم من لم يتمسك بهذا الظاهر فأوجب صاع التمر إذا كان هو غالب قوت البلد وان لم يكن هو الغالب كان الواجب صاعاً من غالب قوت البلد.

ولم يعتبر الحنفية في الرواية الظاهرة عنهم التصرية تغريراً يثبت به الخيار للمشتري لأنه على القول المختار عندهم يرجع بمقدار النقص إن كان هناك غبن في الثمن لأنهم لم يروا التصرية عيباً يوجب الخيار للمشتري.

ومذهب جمهور الفقهاء هو الراجح لقوة الحديث الذي استدلوا به وعدم انهاض ما دفع به الحنفية لابطال حجيته(٨).

أما التغرير القولي: فهو الكذب من أحد العاقدين أو ممن يعمل لحسابه حتى يحمل

العاقد الآخر على التعاقد ولو بغبن: ومثال ذلك: أن يقول البائع للمشتري أنه عرض عليه في سلعته ثمن معين فيغتر المشتري لقوله ويشتري السلعة بذلك الثمن متأثراً بهذا الكذب أو يقول المشتري للبائع انه عرض عليه ما هو أحسن من هذه السلعة بهذا الثمن أو بأقل منه فيغتر البائع لقوله ويبيعه السلعة بذلك الثمن. وكأن يعلن شخص عن سلعة من السلع ويصفها بصفات ترغب الناس في الاقبال على شرائها(٩).

أما أثر ذلك على التعاقد فيرى الإمام الشافعي والإمام أحمد: أن مجرد الكذب في التعاقد يعد تدليساً يوجب الخيار للعاقد المدلس عليه فإذا كذب البائع المشتري وقال له أنه أعطى في سلعته متأثراً بهذا الكذب ثبت له خيار التدليس. وقد جاء في الشرح الكبير على متن المقنع «ولو قال البائع أعطيت بهذه السلعة ما لم يعطه فصدقه المشتري ثم كان كاذباً فالبيع صحيح وللمشتري الخيار أيضاً لأنه في معنى البخث وفي تلقي السلع أو الركبان يغرر الملتقي بصاحب السلعة تغريراً قولياً ويستغل جهله بأسعار البلد فيتلقاه قبل أن يقدم السوق ويخبره بكساد سلعته ليغبنه في ثمنها فهذا الكذب يعد تدليساً بوجب الخيار لصاحب السلعة.

وقد ورد في المهذب(١٠) «ويحرم تلقي الركبان وهو أن يتلقى القافلة ويخبرهم بكساد ما معهم من المتاع ليغبنهم لما روي عن ابن عمر ـ رضي الله ـ عنه أن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ نهى أن تتلقى السلع حتى يهبط بها في الأسواق. ولأن هذا تدليس وغرر فلم يحل. فان خالف واشترى صح البيع فإن دخلوا البلد فبان لهم الغبن كان لهم الخيار لما روي أبو هريرة ـ رضي الله عنه ـ أن رسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال: «لا تلقوا الجلب فمن تلقاها واشترى منهم فصاحبه بالخيار إذا أتى السوق ولا غرر عليهم فيثبت لهم كما لو دلس عليهم بعيب وان بان لهم أنه لم يغبنهم ففيه وجهان أحدهما: أن لهم الخيار للخبر المذكور والثاني لا خيار لهم لأنه ما غر ولا دلس.

ومما سبق يمكننا القول ان التغرير القولي منهي عنه شرعاً لأنه من الغش والخداع الذي كرهه الشارع وتوعد عليه بالعقاب ولكنه لا يؤثر في صحة العقد ولا لزومه إذا لم يترتب عليه غبن لأحد العاقدين لأنه ليس إلا خداعاً وتضليلاً. وإذا ترتب على التغرير غبن لأحد المتعاقدين فإنه يثبت للمغبون خيار الفسخ للغبن مع التغرير.

أما التدليس وهو نوع من التغرير بالكتمان (لأنه كتمان عيب السلعة عن المشتري). ويعرفه الفقهاء بأنه عيب في أحد العوضين كأن يعلم صاحب السلعة بعيب ثم يكتمه ولا يطلع العاقد الآخر على العيب كما إذا كان المبيع دارا بها تصدعات في حوائطها فسدها البائع وطلاها بالجص ونحوه ليخفي هذا العيب ولتظهر الدار كأنها سليمة وخالية من تلك العيوب فالبائع تعمد اخفاء العيب في المبيع بأن كتمه عن المشتري ولم يبينه.

فالحنيفية يعدون هذا الكتمان حراماً والمالكية يصرحون بأنه تدليس والشافعية

والحنابلة يعتبرونه غشاء كالتعرية: فيقول صاحب البحر الرائق[11] «كتمان عيب السلعة حرام».

وعند المالكية يقول ابن جزي في قوانينه «لا يجوز الغش في المرابحة ولا غيرها ومنه أن يكتم من أمر سلعة ما يكرهه المشتري أو ما يقلل رغبته فيها. أما عند الشافعية فيقول صاحب المهذب[12] ومن ملك عيناً وعلم بها عيباً لم يجز أن يبيعها حتى يبين عيبها. لما روى عقبة بن عامر رضي الله عنهد قال: سمعت النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ يقول: «المسلم أخو المسلم فلا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً يعلم فيه عيباً إلا بينه له» وعند الإمام أحمد[13] يقول صاحب الشرح الكبير: «ولا يحل للبائع تدليس سلعته ولا كتمان عيبها لقوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ: «من غشنا فليس منا» قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح.

وقال ـ عليه الصلاة والسلام ـ «المسلم أخو المسلم باع من أخيه بيعاً إلا بينه» رواه ابن ماجه. فإن فعل فالبيع صحيح في قول أكثر أهل العلم منهم أبو حنيفة ومالك والشافعي بدليل حديث التصرية فإن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ صححه مع نهيه عنه».

وقال أبو بكر ان دلس العيب فالبيع باطل لأنه منهي عنه والنهي يقتضي الفساد فقيل له ما تقول في التصرية؟ فلم يذكر جواباً فدل على رجوعه.

والذي نراه: هو قياس التدليس بكتمان العيب على التدليس بالتصرية فيكون البيع صحيحاً ولكن يثبت فيه للمشتري الخيار وأن هذا العمل حرام لثبوت النهي عنه من الشارع حيث روى أن عقبة بن عامر قال: «سمعت الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ يقول: «لا يحل لمسلم با من أخيه بيعاً وفيه عيب إلا بينه له»[14]، وروي أيضاً عنه ـ صلى الله عليه وسلم ـ أنه قال: «لا يحل لأحد أن يبيع شيئاً إلا بين ما فيه ولا يحل لأحد يعلم ذلك إلا بينه» إلى غير ذلك من الأدلة التي تدل على حرمة إخفاء العيب وكتمانه وعدم التنبيه عليه عند العقد،

ثانياً ـ ما يجب على التاجر مراعاته

الفقه الإسلامي يطلب من التاجر أن يكون فقيهاً في دينه حتى يطمئن المستهلك إلى التعامل معه. وعلى هذا الأساس قال الفقهاء:

أولاً: ينبغي ألا يقدم الإنسان على التجارة إلا إذا عرف أحكام البيع وعقود المعاملات وما يحل له منها وما يحرم عليه وإلا وقع في الشبهات وارتكب المحظورات

وقد قال سيدنا عمر ـ رضي الله عنه ـ: لا يتجر في سوقنا إلا من تفقه في دينه وإلا أكل الربا شاء أو أبى.

وقد روى عن الإمام زيد بن علي عن أبيه عن جده رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال: «ان رجلاً أتاه فقال: يا رسول الله، إني أريد التجارة فادع الله لي قال: «فقال له ـ عليه الصلاة والسلام ـ أو فقهت في دين الله قال أو يكون بعض ذلك قال ويحك الفقه ثم المتجر إن باع واشترى ولم يسأل في دين الله ارتطم في الربا ثم ارتطم[١٥].

وقد قال الإمام النووي: «من أراد التجارة لزمه أن يتعلم أحكامها فيتعلم شروطها وجميع العقود من فاسدها وسائر أحكامها[١٦].

ثانياً: يجب على التاجر أن يظهر جميع عيوب السلعة خفيها جليها ولا يكتم منها شيئاً فإن أخفى ذلك كان ظالماً غاشاً والغش حرام وكان تاركاً للنصح في معاملته. والأصل في هذا ما روي وصح عنه ـ صلى الله عليه وسلم ـ. أنه مر برجل يبيع طعاما فاعجبه فأدخل ـ صلى الله عليه وسلم ـ يده في الطعام فوجد بللاً فقال: ما هذا يا صاحب الطعام فقال: أصابته السماء يريد أن المطر نزل عليه فقال ـ عليه الصلاة والسلام ـ: «فهلا أبقيته فوق الطعام حتى يراه الناس «من غشنا فليس منا». فالرسول أخرج الغاش من جماعة المسلمين وقضى بأن الغش لواحد من المسلمين غش لجماعتهم.

وقد صح في السنة ما رواه عقبة بن عامر قال: سمعت النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ يقول: «المسلم أخو المسلم لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً وفيه عيب إلا بينه له» رواه ابن ماجه.

وقد صح أيضاً ما روي عن وائلة قال: قال رسول الله ـ صلى الله عليه وسم ـ: «لا يحل لأحد أن يبيع شيئاً إلا بين ما فيه ولا يحل لأحد يعلم ذلك إلا بينه»[١٧].

ويفهم من هذا أن كتمان عيب السلعة ممنوع وأنه يجب على البائع والصانع والمنتج أن يبين للمشتري كل ما يحيط بالسلعة، وإلا كان غشاً وعلى ضوء هذا يجب على الصانع والمنتج بيان كيفية استخدام السلع ومتى لا تكون صالحة للاستعمال بفوات غرضها المطلوب منها أثر الغش على العقد.

قال الفقهاء بثبوت الخيار بين فسخ العقد أو امضائه لمن غش في معاملته أما لو كان الغش بإظهار الشيء على خلاف جنسه كبيع على أنه ذهب أو فضة ونحو ذلك فسدت المعاملة ولا يحكم بصحتها[١٨].

ثالثاً: حماية المستهلك من الاعلانات الكاذبة. فيحرم على التاجر أن يثني على السلعة ويصفها بما ليس فيها فإن فعل ذلك. فهو كاذب وغاش. لأن الإنسان في

الإسلام محاسب على كل كلمة تصدر منه لقوله تعالى: ﴿ما يلفظ من قول إلا لديه رقيب عتيد﴾.

بل لقد اعتبر الإسلام الثناء على السلعة مع الصدق مكروهاً من حيث أنه فضول لا يزيد في الرزق، لما روي عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «ثلاثة لا ينظر إليهم يوم القيامة غني مستكبر. ومنان بعطيته. ومنفق سلعة بيمينه» أخرجه مسلم.

وقد روي عن يونس بن عبيد وكان خزازاً أنه طلب منه خز للشراء فأخرج غلامه سقط الخز فنشره ونظر إليه وقال اللهم أرزقنا الجنة. فقال لغلامه رده إلى مكانة ولم يبعه وخاف أن يكون ذلك تعريضاً بالثناء على السلعة ومما تقدم يمكن القول أنه يجب أن يصان المستهلك من عبث الاعلانات الكاذبة التي تصدر عن طريق أجهزة الاعلام بوسائلها المختلفة. لأنه خداع للمستهلك وذاك ممنوع يستوجب التغرير.

توفير السلع ومراقبة الأسعار

عن طريق الحث على زيادة الإنتاج وتجويده وعرضه في الأسواق حتى يكون في متناول المستهلك. ثم مراقبة الأسواق والأعمال التجارية عن طريق ما يسمى بنظام الحسبة الإسلامية.

أما بالنسبة لزيادة الانتاج وتوفير السلع بالأسواق فهذا حق إسلامي ينبغي أن يتوفر للمستهلك والإسلام كما هو مقرر ومعروف يبيح الاتجار لأنه يقصد منه أولاً وأخيراً جلب المصالح بتقريب السلع لطالبيها حفظاً لضروراتهم وتخفيفاً للمشقة عنهم وتيسيراً لحياتهم. وليس الغرض منه تحقيق مصالح خاصة. كما هو الشأن في القانون التجاري الحديث فإن الإتجار الغرض منه الربح وفقط وهذا يؤدى بالضرورة الى المنافسة والجشع والأنانية الأمر الذي يؤدي إلى اطلاق الحرية في الإتجار. فحرية مبدأ سلطان الإرادة وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين المقررة في القانون المدني هما في الواقع قناع يخفي استغلال القوي للضعيف لأن المساواة بين المتعاقدين في كثير من العقود قد تكون مستحيلة واذا رضي الضعيف بشروط القوي يكون هذا مستساغاً في نظر القانون أعمالاً لمبدأ حرية الإرادة.

أما في الإسلام، فليست هناك حرية مطلقة في التعاقد وليس للأفراد الحرية في أن يبرموا ما يشاءون من عقود. أو يشترطون من الشروط ما شاءوا فحرية التعامل في الإسلام مقيدة فلا تصح العقود إلا إذا أخضعت للشروط الشرعية لأن العقود ما هي إلا مجرد وسائل لادخال الفرد تحت أحكام شرعية معينة بقصد احترام النظام وتقديره.

«وهو المحافظة على مقاصد الشريعة في الخلق بجلب المصالح لهم دون المفاسد عنهم».

أما بالنسبة لزيادة الإنتاج فالإسلام في هذا المقامْ يتخذ موقفاً ايجابياً لاستغلال الموارد الاقتصادية وزيادة الإنتاج حتى تكثر السلع ويسهل الحصول عليها، ومن هنا قرر الإسلام أن زيادة الإنتاج عن طريق انتاج الطيبات (مطلوب في الشرع). لقوله تعالى: ﴿هو الذي جعل لكم الأرض ذلولاً فامشوا في مناكبها وكلوا من رزقه وإليه النشور﴾[١٩]. ويقول ـ سبحانه وتعالى ـ: ﴿وسخر لكم ما في السموات وما في الأرض جميعاً إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون﴾[٢٠] وان لفرض الزكاة دوراً بارزاً في دفع عجلة التقدم الإقتصادي وحافزاً على استثمار الطاقات وتصرفاً إجابياً يتخذه المسلم حيال قضية الإنتاج أو النشاط الإقتصادي النافع فكأن سلوك المسلم لا يكتمل إلا إذا حقق إنتاجاً إقتصادياً يسد حاجاته أولاً ثم يزيد حقق عن ذلك ليتوافر فيه النصاب ثم يزيد عن النصاب ليتحقق فائض الإنتاج أو الدخل هذا الفائض تخرج منه الزكاة وإذن الزكاة تؤدي إلى تحريك المال وتدفع المزكي إلى النشاط ليعوض ما زكى فتشريع الزكاة يعد مدخلاً كبيراً للنمو الإقتصادي وأروع برهان على ذلك قوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ: «اتجروا في مال اليتيم حتى لا تأكله الزكاة. ويفهم مما سبق أن قيمة الموارد مطلب إسلامي وتعطيلها وتركها دون إستغلال لا يتفق مع الأهداف الإسلامية.

مراقبة الأعمال التجارية: عن طريق نظام يسمى «الحسبة»[٢١].

قد يلجأ المنتجون والبائعون إلى إنقاص الوزن أو تغيير مواصفات السلع أو الغش في التركيب باستخدام مواد رخيصة ودون المستوى. ان حدث هذا أو غيره وجب على الدولة التدخل لحماية المستهلك وقد عرف هذا التدخل في الإسلام بما يسمى الحسبة.

والحسبة: بكسر الحاء اسم من الاحتساب بمعنى إدخار الأجر وبمعنى الإعتداء «الإهتمام» بالشيء. ومن الإحتساب بمعنى حسن التدبير والنظر فيه ومن ذلك قولهم فلان حسن الحسبة في الأمر أي حسن التدبير والنظر وهذا المعنى اللغوي قريب من معنى الحسبة بالمعنى الاصطلاحي. والحسبة مصطلح من مصطلحات القانون الإداري ومعناه الحساب أو وظيفة المحتسب ثم اكتسبت الكلمة معنى خاصاً هو الشرطة وأصبحت أخيراً تدل على الشرطة الموكلة بالأسواق والآداب العامة وكلها تدور حول مصطلح الرقابة[٢٢].

الحسبة نظام إسلامي:

والحسبة نظام إسلامي شأنه الإشراف على المرافق العامة وتنظيم عقاب المذنبين وهو اليوم من اختصاص النيابة العامة والشرطة.

والحسبة وظيفة دينية تقوم على فكرة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر . ورغم أن الأصل في النظام الإسلامي قيام الناس جميعاً بهذا الواجب فقد خصص لها في بعض العصور الإسلامية موظف خاص يسمى المحتسب : إذا كان معيناً من ولي الأمر والمتطوع بالحسبة : اذا قام بها دون تكليف وكان رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ يقوم بدور المحتسب في صدر الإسلام . فقد ثبت أن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ كان يتفقد الأسواق حيث مر ـ صلى الله عليه وسلم ـ على رجل وهو يبيع طعامه فأعجبه فأدخل يده فرأى بللاً فقال ما هذا ؟ فقال : أصابته السماء فقال هلا جعلته فوق الطعام حتى يراه الناس ، «من غشنا فليس منا » . وجاء في الإستيعاب أن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ ولي سعيد بن العاص على سوق مكة . كما ذكر ابن عساكر أن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ ولى عبدالله بن أصبحة بن العاص سوق المدينة .

وجاء في كنزل العمال ما أخرجه بن سعد عن الزهري أن عمر بن الخطاب استعمل عبدالله بن عتبة على السوق .

فالحسبة هي أمر بمعروف إذا ظهر تركه ونهى عن المنكر إذا ظهر فعله والأصل في هذه المسألة ـ قوله تعالى ـ: ﴿ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون﴾[٢٣] ، فالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر أصل مهم وواجب مقدس أوجبه الإسلام على كل مسلم ومسلمة بل هو من سياسة الدولة الإسلامية وإذا وجب هذا على كل مسلم على سبيل الكفاية فإنه يكون أوجب بالنسبة للمحتسب لكونه معيناً بحكم الولاية أما بالنسبة لغيره فذاك داخل فروض الكفاية[٢٤] .

مهام جهاز الحسبة :[٢٥] .

وعمل جهاز الحسبة لا حصر له ونضرب له على سبيل المثال بالآتي :

١ ـ ومن مهامه مراقبة الأسعار حتى لا يحدث تلاعب فيها أو غش في السلع كما يراقب أرباب الصناعات والمهن على اختلاف أنواعها ويدقق في وجهات الحسبة في ضبط صحة الموازين والمكاييل .

٢ ـ كما يطمئن على النظافة العامة بالنسبة للخبازين والجزارين ويتأكد من دقة ونظافة الأدوات الصحية لدى الأطباء وغير ذلك من الجهات التي لا حصر لها .

٣ ـ ومن مهامه أيضاً : إنكار البيوع الفاسدة . مثل عقود الربا وبيع الغرر كالملامسة والمنابذة وحبل الحبلة والبخس وتصرية الدابة .

٤ ـ ومن مهامه مراقبة النجش في المكاييل والموازين والصنج ويجوز له إذا شك في موازين السوقة ومكاييلهم أن يختبرها ويعايرها . لأن الشريعة قد حرمت كل ذلك وعلى ذلك فكل من يغش في الكيل أو الوزن أو القياس يعتبر مرتكباً لمحرم يستوجب التعزيز .

كما يعزز كل من صنع المكاييل والموازين والمقاييس المزورة. لأن هذه الأفعال محرمة ولم يرد فيها على لسان الشارع عقاب معين.

٥ ـ ومن مهامه كذلك أن يمنع التعامل في الأطعمة الفاسدة أو المحرمة لأن الشريعة جاءت بحفظ النوع فحرمت قتل النفس وفرضت عليه أشد العقاب كما حرمت على الإنسان أن يعرض نفسه للهلاك حيث يقول الله ـ تعالى ـ: ﴿ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة﴾[٢٦].

وكان طبيعياً أن تحارب الشريعة كل ما يضر بالصحة أو يسيء إلى البدن رغبة منها في حفظ الإنسان سليماً حتى يقوم بنصيبه في تعمير الكون وازدهاره.

ومن الوسائل إلى ذلك تحريم بعض الأطعمة الخبيثة التي تؤذي صحة الإنسان فبعض المطعومات المحرمة وردت في الآية الثالثة من سورة المائدة حيث جاء فيها: ﴿حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع إلا ما ذكيتم﴾. وجاء أيضاً في قوله ـ تعالى ـ: ﴿ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث. وجاء في السنة المطهرة ما روي عن ابن عباس أن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ «نهى عن أكل كل ذي نا من السباع وعن أكل كل ذي مخلب من الطير».

ولما كانت الأطعمة المذكورة منهياً عنها لتحريمها بالكتاب والسنة فإن من يخالف ذلك ويأكل منها يكون مرتكباً لمحرم وما دامت هذه الأطعمة محرمة فإن التعامل فيها يكون محرماً فإذا باع إنسان شيئاً منها لآخر يكون مرتكباً لجريمة يعاقب عليها بالتعزير.

«والتعزير كما هو معروف، تأديب على ذنوب لم تشرع فيها الحدود، ويختلف حكمه باختلاف حاله وحال فاعله وقد يكون بالنفي والإبعاد والشتم والضرب. ونحو ذلك».

والمحتسب ليس إسماً لشخص كما قد يتبادر إلى الذهن بل هو لقب واصطلاح لنظام متكامل إذا أوجب الفقهاء على المحتسب أن يستعين بمعاون مختص لكل حرفة من الحرف خبيراً بصناعة أهل الحرف بصيراً بطرق غشهم وتدليسهم حتى يتمكن مسئول الحسبة من منع ما خفي من الغش والتدليس وقياساً على هذا فان من واجب الدولة أن تضع مقاييس وضوابط للاعلان التجاري حتى لا يكون الاعلان طريقاً لإيهام المستهلك واغراقه بمزايا وهمية في السلعة والعبث بمشاعره واغرائه.

وهذه الوظيفة في وقتنا الحاضر مزيج من سلطات علماء الدين ورجال الشرطة والقانون ورجال التموين والصحة والشئون البلدية ورجال المقاييس والمكاييل والرقابة الادارية وهكذا.

ومن كل ما سبق نقرر: أن والي الحسبة عليه مراقبة الأسواق فيتجول فيها ويتفقد

السلع ويطمئن على مدى التزام التجار ببيعهم سلعهم بثمن المثل وأنها مطابقة الأوصاف والشروط التي طلبها الشارع عند التعاقد على بيع السلع ويجوز له أن يعزر المخالف باخراجه من السوق أو غلق محله والتشهير به أو بأي عقاب آخر يراه مناسباً ما دام كل ذلك يجري في حدود ما شرع الإسلام وكل ذلك ما تقوم به وزارة التموين الآن حيث الرقابة على الأسواق والأسعار.

ووزارة الصحة حيث إشرافها على مدى صلاحية السلعة للاستعمال.

ومصلحة الدمغة والموازين حيث تقوم على مراقبة المكاييل والمقاييس ومدى مطابقتها لما هو مطلوب ومقرر. وغير ذلك من الهيئات الحكومية المعنية بانضباط الأسواق والأسعار حتى تصل السلعة إلى المستهلك أو المستعمل لها خالية من أي عيب وبثمن المثل[٢٧]. والله أعلم، وللحديث بقية.

الهوامش :

(١) المصباح المنير جـ ١ ص ٤٦ .

(٢) المغني لابن قدامة جـ ٤ ص ٩٢ .

(٣) أنظر المدخل لدراسة الفقه الإسلامي للشيخ عيسوي أحمد عيسوي ص ٤٣٠ والغبن والتغرير د . حسني صبح .

(٤) أنظر رسائل ابن عابدين جـ ٢ ص ٧ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٦٥ ، الحطاب جـ ٤ ص ٤٧١ . والغبن والتغرير للدكتور حسني صبح ص ١٣ . مصادر الحق في الفقه الإسلامي للسنهوري موضوع الغبن والتغرير .

(٥) نيل الأوطار جـ ٥ ص ١٨ .

(٦) أنظر المغني لابن قدامة جـ ٤ ص ٧٩ . الخرش جـ ٤ ص ١٥٢ .

(٧) أنظر المهذب جـ ١ ص ٢٩٢ .

(٨) المغني لابن قدامة ٤ ص : ٢٣٣ الدسوقي ٣:١١٦ المهذب ٩:٢٨٢ .

(٩) البحر الرائق جـ ٦ ص ٣٥ .

(١٠) القوانين الفقهية لابن خبري ص ٢٦٣ .

(١١) المهذب جـ ٢ ص ١٨٣ .

(١٢) الشرح الكبير على متن المقنع جـ ص ١٨٤ .

(١٣) أنظر نيل الأوطار جـ ٥ ص ١٨٠ . مصادر الحق في الفقه الإسلامي للسنهوري موضوع الغبن والتغرير ص ٣٦٠ .

(١٤) المجموع جـ ٩ ص ١٦٢ .

(١٥) الروض النفير جـ ٣ ص ٤١٥ .

(١٦) نيل الأوطار للشوكاني جـ ٥ ص ٢٣٩ ـ ٢٤٠ .

(١٧) البحر الرائق جـ ٦ ص ٣٥ .

(١٨) أنظر تيسير الوصول جـ ٤ ص ٢٧٠ . والترغيب والترهيب جـ ٣ ص ٣٥٠ . والإقتصاد الإسلامي د . أحمد محمد صقر .

(١٩) الملك آية ١٥ .

(٢٠) سورة الجاثية الآية ١٣ .

(٢١) معالم الحسبة لمحمد بن الاخوة .

(٢٢) أنظر دائرة المعارف الإسلامية ص ١٥٢ .

(٢٣) سورة آل عمران آية ١٠٤ .

(٢٤) الأحكام السلطانية للماوردي ٢٥٨ .

(٢٥) معالم الحسبة لمحمد بن الاخوة ٢٣٠ والاقتصاد الإسلامي للدكتور محمد أحمد صقر .

(٢٦) سورة البقرة ص ١٩٥ .

(٢٧) أنظر الطرق الحكيمة لابن القيم ص ٢٤٠ . الأحكام السلطانية للموردي ٢٣٦ الأحكام السلطانية لأبي يعلي الحنبلي ٢٩٨ . الحسبة في الإسلام لابن تيمية ص ٩ .



القضاء بالقرائن
فــي الفقه الإسلامي

بقلم الأستاذ الدكتور/ محمد رأفت عثمان*

(*) أستاذ الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، معار إلى كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات، له مؤلفات عديدة في الفقه الإسلامي المقارن منها رئاسة الدولة في الفقه الإسلامي والحقوق والواجبات والعلاقات الدولية في الإسلام، وبحوث في فقه الأسرة ومجالات أخرى.

تمهيـــد :

عني الإسلام العناية البالغة بحفظ الحقوق، ورفع الظلم، ومنع تعدي الناس بعضهم على بعض، ولهذا أوجب نصب القضاة ليحكموا بين الناس بالعدل.

وبينت شريعة الإسلام طرق الإثبات التي يجب على القاضي أن يعتمد عليها في أحكامه، غير أن هذه الطرق منها ما هو مجمع عليه بين فقهاء المسلمين، ومنها ما هو مختلف فيه بينهم، ومما اختلف فيه فقهاؤنا - رضي الله عنهم - القضاء بالقرائن، وسنحاول في هذا البحث أن نبرز ما يراه العلماء في القرينة هل تصلح أن تكون طريقاً من طرق الإثبات أم لا، وإذا كانت صالحة لكي تكون طريقاً للإثبات، ففي أي مجال يعمل بها، هل يعمل بها في كل أنواع القضايا أم أن هناك قضايا لا يجوز العمل بالقرائن فيها.

ونحب في البداية، أن نمهد بذكر صور توضح معنى القرينة، قبل أن نذكر تعريف العلماء لها، وآراءهم فيها من حيث صلاحيتها للإثبات أمام القاضي، والأدلة التي اعتمدت عليها هذه الآراء، ثم نرجح في النهاية ما نراه مستحقاً للترجيح.

إذا وجدنا شخصاً سكران، أو وجدناه يتقايأ الخمر فهذه قرينة تفيد الظن الغالب الذي يقرب من اليقين أنه شرب الخمر متعمداً، وإذا وجدنا امرأة حاملاً ليس لها زوج وليست معتدة من طلاق أو فسخ أو وفاة، فهذه قرينة تفيد الظن الغالب الذي يقرب من اليقين كذلك أن هذه المرأة زانية، وإذا رأينا إنساناً ممسكاً بسكين ملوثة بالدماء وقد خرج من دار مضطرباً ممتقع اللون خائفاً، فدخلنا الدار فور خروجه فوجدنا قتيلاً مضرجاً في دمائه ولا يوجد في الدار غير هذا الرجل الذي خرج، فهذه قرينة تفيد الظن الغالب أيضاً الذي يقرب من اليقين أن هذا الرجل الذي خرج بهذه الحال هو الذي قتل القتيل[1].

وإذا وجدنا بقعة دم من فصيلة دم القتيل على ملابس المتهم، أو وجدت بصمته على السلاح المستعمل في الجريمة فهذا يعد قرينة تغير الظن الغالب الذي يقرب من اليقين ان المتهم هو الذي ارتكب هذه الجريمة.

هذا، وقد اتفق العلماء على أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم في أية قضية إلا إذا وجدت الحجة التي يثبت بها الحق، واتفقوا أيضاً على أن الإقرار، والبينة، واليمين، والنكول حجج شرعية يعتمدها القاضي في قضائه ويعول عليها في حكمه[2]، لكنهم مختلفون في القرائن القاطعة هل تصلح وسيلة من وسائل الإثبات أم لا، والملاحظ أن فقهاءنا القدامى - رضي الله عنهم - قد تعرضوا في كتبهم لوسائل الإثبات، وأفردوا لكل منها بحثاً مستقلاً كالشهادة، والإقرار، والنكول عن اليمين، وغيرها، لكنهم لم يذكروا القرائن صراحة في طرق الإثبات، ولم يخصوها ببحث مستقل، إلا أنهم أخذوا بها في الجملة في مسائل كثيرة في الفقه الإسلامي، سنذكر أمثلة لها في نهاية هذا البحث.

ويمكن القول بأن جمهور العلماء يرون أن القرينة القاطعة احدى وسائل الإثبات في الجملة وان كان قد حدث خلاف بينهم في بعض الجزئيات، وأما الذين لا يرون أنها وسيلة من وسائل الإثبات فهم عدد قليل من العلماء[٣].

وإليك أولاً تعريف القرينة، وأنواعها، ثم نتبع ذلك بذكر آراء العلماء فيها، وأدلتهم، وشروط العمل بها عند القائلين بها، ومجال القضاء بها.

تعريف القرينة:

اجتهد الفقهاء المعاصرون في إيجاد تعريف للقرينة، وقد تنوعت تعريفاتهم لها، وإليك بعضاً منها.

عرفها الشيخ فتح الله زيد بأنها «الأمارة التي نص عليها الشارع أو استنبطها أئمة الشريعة باجتهادهم حتى صارت شريعة اجتهاديه[٤]، أو استنتجها القاضي من الحادثة وظروفها وما يحيط بها من أحوال».

ويلاحظ على هذا التعريف أنه ورد فيه كلمة «الأمارة» والأمارة تدل على الشيء على سبيل الظن، فلا تشمل ما تدل عليه على سبيل الشك أو الوهم، مع أن القرينة قد تكون دلالتها على سبيل الشك أو الوهم.

وعرفها الأستاذ مصطفى الزرقا والدكتور وهبة الزحيلي بأنها «كل أمارة ظاهرة تقارن شيئاً خفياً فتدل عليه»[٥].

وعرفها الدكتور عبدالعال عطوة بأنها «ما تدل على أمر خفي مصاحب لها بواسطة نص، أو اجتهاد، أو فهم يفيضه الله تعالى على من يشاء من عباده» ويمكن أن يستخلص من التعريف الأخير وهو الذي نرتضيه أن للقرينة ثلاثة أركان، وهي:

الأول: الأمر الظاهر (الدال).

الثاني: الأمر الخفي، الذي دل عليه الأمر الظاهر، وهو المجهول في بادىء الأمر (المدلول).

الثالث: الصلة الموجودة بين الأمر الظاهر وبين الأمر الخفي، التي يتوصل بها إلى معرفة الأمر الخفي.

وتتضح هذه الصلة وتبين اذا توفرت قوة الذهن، والفطنة، واليقظة، وبما يفيضه الله تبارك وتعالى على عباده من المواهب العقلية، وهذا في غير القرائن التي نص الشرع عليها في القرآن أو السنة، أو استنبطها علماء الشريعة باجتهادهم[٦].

أقسام القرينة من حيث دلالتها :

اختلف الفقهاء المعاصرون في أقسام القرينة ، فقسمها الدكتور : عبدالعال عطوة إلى قسمين :

أحدهما : ما تكون دلالته قوية بحيث تصل الى درجة اليقين .

القسم الثاني : ما تكون دلالته ضعيفة بحيث تهبط الى درجة الاحتمال البعيد الذي يعتبر في حكم العدم .

ومثل للقسم الأول بالمثال الذي ذكره ابن الغرس من علماء الحنفية في كتابه الفواكه البدرية[٧] ، وهو خروج انسان من دار مضطرباً خائفاً ، وملابسه ملوثة بالدماء ، ويحمل سكيناً كذلك ملوثة بالدماء ، فدخل الناس الدار فور خروجه ، فوجدوا شخصاً مذبوحاً مضرجاً بدمائه ، ولم يجدوا في الدار غير هذا الذي خرج بهذه الهيئة ، فهذه الأوصاف قرينة قوية على أن هذا الذي خرج هو الذي قتل من بداخل الدار ، واحتمال أن يكون قتل نفسه ، أو أن شخصاً آخر قتله وتسور الجدار وفر هارباً احتمال بعيد لا يلتفت إليه ، لأنه احتمال غير ناشىء عن دليل .

ومثل للقسم الثاني ببكاء الشاكي فانه ليس دليلاً على أن الباكي مظلوم ، لاحتمال أن يكون البكاء مصطنعاً .

ومثاله أيضاً وجود رجل وامرأة أجنبية عنه في مكان مظلم ليلاً ، ولم ير أحد من الشهود حدوث أمر يوجب اقامة عقوبة الزنا عليهما ، فان هذا لا يعد حجة لاقامة الحد عليهما ، وانما يستحقان التعزير[٨] على وجودهما معاً بهذه الصورة ، وقد روي عن ابن مسعود أنه قضى في رجل وجد مع امرأة في ملحقه ، ولم يقم عليهما الدليل بأكثر من ذلك أن يجلد أربعين جلدة وعرفه للناس ، وثبت عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه عزز رجلاً وجد مع امرأة بعد العتمة في ريبة بضربه دون المائة جلدة[٩] .

وقسمها الدكتور أنور دبور إلى ثلاثة أقسام :

القسم الأول : قرائن ذات دلائل قوية ، ومثل لها بالمثال المذكور في القسم الأول عند الدكتور عبدالعال عطوة .

القسم الثاني : قرائن ذات دلالة ضعيفة ، وهذا النوع ليس كالنوع الأول يستبعد معه احتمال غيره ، وانما يحتمل غيره احتمالاً ليس ببعيد ، ويختص بترجيح احدى اليدين المتنازعين ، كما في تنازع الزوجين على متاع البيت ، فانه يقضي للزوج بالأشياء التي تناسب الرجال ، ويقضي للزوجة بالأشياء التي تناسبها .

ففي مثل هذا يوجد احتمال غير بعيد أن تكون الأشياء المناسبة لأحد الطرفين المتنازعين قد آلت إلى الطرف الآخر بطريق الميراث ، أو التجارة ، أو الهبة ، أو غير ذلك .

القسم الثالث: القرائن ذات الدلالة الملغاة، كما لو تعارضت قرينتان احداهما أقوى من الأخرى، فحينئذ تكون القرينة المرجوحة منهما ملغاة فلا يلتفت إليها، وأمثلة هذا القسم كثيرة، منها تنازع رب الدار مع خياط يعمل في داره على ملكية مقص أو اداة من أدوات الخياطة، فيحكم بذلك للخياط، ولا يلتفت لوضع اليد هنا، لأنه معارض بقرينة أقوى، بخلاف ما لو تنازع الخياط مع رب الدار على ملكية ثوب موجود في الدار فانه يحكم به لصاحب الدار، لعدم وجود قرينة أقوى من اليد في هذه الحال[١٠].

ونرى أن القسم الثالث لا حاجة إليه في التقسيم، ومجال الكلام عنه عند الكلام عن شروط العمل بالقرينة فيذكر هناك أن من شروط العمل بالقرينة ان لا تعارضها قرينة أخرى أقوى منها.

وقسم الدكتور عبدالسميع امام القرينة إلى أربعة أقسام:

القسم الأول: ما يفيد اليقين، كشهود جماعة على موت شخص أو قتله، ثم جاء المشهود عليه حيا، فان وجوده حيا دليل قاطع على كذب الشهود أو خطئهم يقيناً.

القسم الثاني: ما يفيد غالب الظن الذي يقرب من اليقين، كوجود امرأة حامل لا زوج لها، ولا سيد لها ـ ان كانت جارية ـ لأنه يجوز للسيد أن يطأ جاريته، ووجود شخص سكران يتقايأ الخمر، فإن هذه القرينة تفيد الظن الغالب الذي يقرب من اليقين بأن المرأة حملت سفاحاً، وان السكران شرب الخمر متعمداً.

القسم الثالث: ما يفيد مجرد الظن الذي وجد معه ما يقويه لكن يحتمل خلاف ما دلت عليه القرينة، ومثل لهذا القسم بوجود شخص ملابسه ملوثة بدماء القتيل، أو ممسكاً بسكين وبجانبه الشخص القتيل، وفي هذا النوع يرى المالكية وجوب أن يطلب مع القرينة ما يقويها، ولهذا قالوا: ان مثل هذا يعتبر لوثاً (علامة)[١١] يقسم معه أولياء القتيل، ويستحقون القصاص من المتهم بالقتل ان كان القتل عمداً، أو الدية إن كان القتل خطأ، وعلى هذا فإذا تقوى هذا النوع حتى صار مفيداً لغلبة الظن وجب على القاضي في رأي المالكية أن يقضي به في الحدود[١٢] وغيرها إذا عجز المتهم عن اقامة الدليل المنافـي له.

القسم الرابع: ما يفيد مجرد الظن العادي ولم يوجد معه ما يقويه ولم يوجد أيضاً ما ينافيه إلا مجرد احتمالات قريبة الوقوع في العادة، كوجود شخص ممسك بكأس الخمر فارغة وبها أثر الخمر، أو وجود آخر يركب سيارة وقد وقف بجوار شخص قتيل أو مصاب بجروح، فهذا النوع يفيد ظناً بأن الممسك بكأس الخمر فارغة قد شربها، وان الواقف بسيارته بجوار الجريح أو القتيل هو الذي جرحه أو قتله، ولكن يحتمل احتمالاً ليس ببعيد أن ممسك كأس الخمر لم يشربها، وان الواقف بسيارته بجوار الجريح أو القتيل لم يجرحه أو يقتله، ويرى الدكتور عبدالسميع امام أن مثل هذا النوع

من القرائن لا يقضي به في الحدود وان كان من الممكن أن يقضي به في غيرها ، فلو ادعى شخص على آخر سرقة ماله ، ووجد المال المسروق في بيت المتهم ، فلا يحكم عليه بحد السرقة إلا إذا قامت البينة (الشهود) على أنه سرق هذا المال، أو وجدت قرائن أخرى تقوي هذه القرينة ، وأما المال المسروق الذي وجد عنده واتهم بسرقته فانه يضمنه[١٣] .

هذه هي اتجاهات الفقهاء المعاصرين الذين أطلعنا على كتاباتهم في تقسيم القرينة ، ويمكن أن نقسمها إلى أربعة أقسام:

القسم الأول : أن تكون دلالتها قوية بحيث تفيد اليقين ، وهو القسم الأول من تقسيم الدكتور عبدالسمام امام ، ومثاله نفس المثال المذكور ، وهذا النوع ـ كما قال الدكتور عبدالسميع ـ لا يسوغ لأحد أن يرده ولا يقضي به ، لأنه أقوى من الشهادة والإقرار[١٤] .

القسم الثاني: أن تكون دلالة القرينة لا تفيد اليقين لكنها تفيد غالب الظن الذي يقرب من اليقين ، ويمكن التمثيل لهذا القسم بظهور الحمل على امرأة ليست مزوجة ولا معتدة ، ووجود شخص سكران أو يتقايأ الخمر ، فإن مثل هذا ـ كما سبق تقريره ـ يفيد ظناً غالباً يقارب اليقين أن المرأة حملت من سفاح ، وان السكران أو الذي يتقايأ الخمر قد شربها متعمداً .

وأرى أيضاً أن المثال الذي ذكره الدكتور عبدالعال عطوة ، للقرينة التي تكون دلالتها قوية بحيث تصل الى درجة اليقين ، وأعني به صورة الرجل الذي خرج من دار مضطرباً ، وملوثة ملابسه بالدماء يحمل سكيناً ملوثة أيضاً ... إلى آخره ، فإن هذه الصورة تصلح أن تكون مثالاً هنا للقرينة التي تفيد غالب الظن الذي يقرب من اليقين ، وليس كما يرى الدكتور عبدالعال عطوة وغيره أن دلالة القرينة هنا قوية تصل إلى درجة اليقين ، فمن المحتمل أن يكون القتيل قد أراد قتل الذي خرج بهذه الهيئة فأخذ السكين وأصاب نفسه عند الاشتباك بين الاثنين والثورة الزائدة ، فأخذها الخارج وفر هارباً مذعوراً من هول الحادث ولم يحس بحمله للسكين .

وهذا الاحتمال آثاره صاحب تكملة ابن عابدين مع احتمالات أخرى ، رآها لا تشجع على القول بوجوب القصاص على الخارج من الدار بهذه الصفة . قال صاحب تكملة ابن عابدين معقباً على هذه الصورة التي ذكرها ابن الغرس من الحنفية في كتابه «الفواكه البدرية »: «والحق أن هذا محل تأمل ، ولا يظن أن في مثل ذلك يجب عليه القصاص ، مع أن الإنسان قد يقتل نفسه ، وقد يقتله آخر ويفر ، وقد يكون أراد قتل الخارج ، فأخذ السكين وأصاب نفسه فأخذها الخارج وفر منه وخرج مذعوراً ، وقد يكون اتفق دخوله فوجده مقتولاً فخاف من ذلك وفر ، وقد تكون السكين بيد الداخل فأراد قتل الخارج ولم يتخلص منه إلا بالقتل فصار دفع الصائل، فلينظر التحقيق في هذه المسألة «أ . هـ»[١٥] .

القسم الثالث : وهو القسم الرابع عند الدكتور عبدالسميع إمام ، وهو إذا كانت القرينة تفيد مجرد الظن العادي ولم يوجد معه ما يقويه ، كما لم يوجد ما ينافيه ، إلا مجرد

احتمالات قريبة الوقوع في العادة، مثل وجود شخص يركب سيارة وقد وقف بجوار جريح أو قتيل، فهذا النوع ـ كما سبق بيانه ـ يفيد ظناً ما بأن الذي يقف بسيارته بجوار الجريح أو القتيل هو الذي جرحه أو أصابه، ولكن في نفس الوقت يحتمل احتمالاً غير بعيد أنه لم يصبه بسيارته(١٦).

القسم الرابع: أن تكون دلالة القرينة تفيد ظناً ضعيفاً، كبكاء الشاكي، ووجود رجل وامرأة غريبة عنه في مكان مظلم وحدهما ليلاً، لكن لم يشهد أحد بأنه حدث بينهما ما يوجب اقامة حد الزنا عليهما.

وهو القسم الثاني من القسمين اللذين قسم الدكتور عبدالعال عطوة القرينة إليهما.

آراء الفقهاء في حجية القرائن

اختلف الفقهاء في القرينة هل تعد وسيلة من وسائلة الإثبات أم لا على رأيين:

الرأي الأول: القرينة وسيلة إثبات، وهذا ما يراه جمهور الفقهاء، إلا أنهم مختلفون في بعض الصور هل تصلح أن تكون وسيلة إثبات أم لا.

وممن قال بحجية القرينة بعض الحنفية، كالزيلعي، وابن الغرس، والطرابلسي، وبعض المالكية، كعبدالمنعم بن الفرس، وابن فرحون، والمازري، وبعض فقهاء الشافعية كالعز بن عبدالسلام، وابن أبي الدم، وابن القيم من فقهاء الحنابلة(١٧).

الرأي الثاني: القرينة لا تصلح وسيلة من وسائل الإثبات، قال بهذا الرأي بعض الحنفية كالخير الرملي في الفتاوي الخيرية، والجصاص، وصاحب تكملة رد المختار وبعض المالكية كالقرافـي(١٨).

الاستدلال لكل رأي

أدلة الجمهور.

اولاً: قول الله تبارك وتعالى في سورة يوسف: ﴿وجاءوا على قميصه بدم كذب قال بل سولت لكم أنفسكم أمراً فصبر جميل والله المستعان على ما تصفون﴾(١٩).

وجه الإستدلال أن اخوة يوسف أرادوا أن يجعلوا الدم علامة على صدقهم في ادعائهم أن يوسف أكله الذئب، لكن والدهم يعقوب ـ عليه الصلاة والسلام ـ استدل على كذبهم بعلامة تعارض ذلك وهي علامة قميص يوسف من التخريق، اذ لا يمكن افتراس الذئب ليوسف وهو لابس قميصه ويسلم القميص فلا يتخرق.

ثانياً: قول الله ـ تبارك وتعالى ـ: ﴿وشهد شاهد من أهلها ان كان قميصه قدّ من قبل فصدقت وهو من الكاذبين، وان كان قميصه قد من دبر فكذبت وهو من

الصادقين، فلما رأى قميصه قد من دبر قال انه من كيدكن ان كيدكن عظيم»[٢٠].

وقد يعترض على الاستدلال بهذه الآية الكريمة، بأن هذا في شريعة أخرى غير شريعتنا فلا يلزمنا، وقد أجيب عن هذا بأن كل ما أنزل الله علينا فإنما أنزله لفائدة فيه ومنفعة، وقال ـ تعالى ـ: ﴿أولئك الذين هدي الله فبهداهم اقتده﴾[٢١] فآية يوسف صلاة الله عليه وسلامه مقتدى بها معمول عليها.

هذا، وقد اختلفت الروايات في الشاهد الذي قال: «ان كان قميصه قد من قبل فصدقت وهو من الكاذبين، وان كان قميصه قد من دبر فكذبت وهو من الصادقين». فروي أنه طفل تكلم في المهد، قال السهيلي: وهو الصحيح للحديث الوارد فيه عن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ، وقال غيره، أنه رجل.

حكيم ذو عقل كان الوزير يستشيره في اموره، وكان من اهل المراة، قيل: انه ابن عمها، قال السدي: وهذا القول الثاني هو الصحيح وروي عن ابن عباس أنه كان رجلاً من خاصة الملك.

قال القرطبي: إذا تنزلنا على أن يكون الشاهد طفلاً صغيراً فلا يكون فيه دلالة على العمل بالأمارات... وإذا كان رجلاً فيصح أن يكون حجة بالعلامة في اللقطة وكثير من المواضع. أ. هـ.[٢٢] وقد عقب ابن فرحون على ما قاله القرطبي قائلا: وفيما قاله القرطبي نظر، لأنه وان كان طفلاً فالحجة قائمة منه بإذن الله تعالى، أرشدنا على لسانه الى التفطن والتيقظ، والنظر إلى الأمارات والعلامات التي يعلم بها صدق المحق وبطلان قول المبطل، ويكون ذلك أبلغ في الحجة من قول الكبير، لأن قول الكبير اجتهاد ورأي منه، ونطق الصغير من قبل الله تعالى. أ. هـ[٢٣].

ثالثاً: ثبت في السنة الشريفة الحكم بما يظهر من قرائن الأحوال والأمارات. من ذلك أنه ـ صلى الله عليه وسلم ـ حكم اللوث في القسامة[٢٤]، وجوز للمدعين أن يحلفوا خمسين يميناً، ويستحقوا دم القتيل في حديث حويصه ومحيصة، واللوث دليل على القتل.

قال بعض فقهاء المالكية: واللوث في الحديث المذكور هو ما ذكر فيه من العداوة بينهم، وأنه قتل في بلدهم وليس فيها غير اليهود، وقال المازري من فقهائهم أيضاً ان القرائن تقوم مقام الشاهد، فقد يكون قد قام من القرائن ما دل على أن اليهود قتلوه ولكن جهلوا عين القاتل، ومثل هذا لا يبعد اثباته لوثا، فلذلك جرى حكم القسامة فيه.

ومن السنة أيضاً ما ورد في الحديث الصحيح في قضية الأسري من بني قريظة، لما حكم فيهم سعد بأن تقتل المقاتلة وتسبي الذرية، فكان بعضهم يدعي عدم البلوغ، فكان الصحابة يكشفون عن مؤتزرهم فيعلمون بذلك البالغ من غيره، وهذا من الحكم بالأمارات.

ومنها حكم رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ، وخلفائه من بعده بالقافة، وجعلها دليلاً على ثبات النسب، وليس فيها إلا مجرد الأمارات والعلامات.

ومنها قوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ: «الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر في نفسها، واذنها صماتها» فجعل الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ صماتها قرينة على رضاها، وتجوز الشهادة عليها بأنها رضيت بناء على هذا السكوت، وهذا من أقوى الأدلة على الحكم بالقرائن[٢٥].

ومنها أن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ أمر الزبير أن يقرر عم حيي بن أخطب بالعذاب على اخراج المال الذي غيبه وادعى نفاده، فقال له ـ صلى الله عليه وسلم ـ: «العهد قريب والمال أكثر من ذلك» قال ابن القيم: فهاتان قرينتان في غاية القوة: كثرة المال، وقصر المدة التي ينفق كلها فيها[٢٦].

ومنها ما وقع في غزوة بدر لابني عفراء لما تداعيا قتل أبي جهل، فقال لهما رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ: «هل مسحتما سيفيكما؟» فقالا: لا، فقال: أرياني سيفيكما، فلما نظر اليهما قال: هذا قتله، وقضى له بسلبه «فاعتمد الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ على الأثر الموجود في السيف.

أدلة القائلين بعدم الحكم بالقرائن:

استدل القائلون بأن القرائن لا تصلح أن تكون وسيلة للاثبات بعدة أدلة، نذكر منها ما يأتي:

أولاً: ما رواه ابن ماجه عن ابن عباس ـ رضي الله تعالى عنهما ـ أنه قال: قال رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ: «لو كنت راجماً أحداً بغير بينة لرجمت فلانة، فقد ظهر منها الريبة في منطقها، وهيئتها، ومن يدخل عليها»[٢٧].

وجه الدلالة من هذا الحديث أن القرائن لو كانت وسيلة للاثبات لأقام النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ عقوبة الزنا على هذه المرأة، التي ظهرت قرائن من جانبها عند رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ تفيد وقوع الزنا منها، لكن الرسول ـ عليه الصلاة والسلام ـ لم يقم عقوبة الزنا عليها مع وجود القرائن، فدل هذا على عدم الحكم بالقرائن.

مناقشة هذا الدليل:

أجيب عن هذا الدليل بأن الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ لم يقم عقوبة الزنا على المرأة لضعف القرائن والأمارات التي ظهرت منها، فهي ليست قوية الدلالة كالحمل مثلاً حتى يحكم عليها بحد الزنا، وضعف القرائن يدرأ الحدود، لأن الحدود تدرأ بالشبهات كما هي القاعدة الشرعية الثابتة[٢٨].

ثانياً: القرائن ليست مطردة، في دلالتها وغير منضبطة، لأنها تختلف قوة وضعفاً، فلا تصلح لبناء الحكم عليها، على أن القرائن قد تبدو قوية ثم يعتريها الضعف[٢٩].

مناقشة هذا الدليل:

أجيب عن هذا الدليل بأن القائلين بأن القرائن وسيلة من وسائل الاثبات اشترطوا أن تكون القرائن قوية لا يشك في قوتها ولا يمتري في دلالتها.

أما القول بأن القرائن قد تبدو قوية ثم يعتريها الضعف فالجواب ان ما يعتري القرائن من احتمال الضعف قد يعتري غيرها من وسائل الإثبات، فقد يقر انسان بالسرقة ثم نتبين بعد ذلك أن اقراره لم يكن اختياراً، وانما كان تحت تأثير التعذيب ولم يكن سارقاً في الواقع، أو يكون الإقرار قد حدث بدون إكراه لكنه كان لسبب آخر دفعه إلى هذا الإقرار الكاذب، وقد يبدو للقاضي ان الشهود صادقون في شهادتهم، ثم يتبين بعد ذلك أنهم شهود زور.

فإذا كانت وسائل الإثبات يتوجه إليها هذا الضعف المحتمل ولا يكون ذلك قادحاً في صلاحيتها للاثبات فكذلك القرائن[٣٠].

ثالثاً: ان القرآن والسنة قد ذما اتباع الظن، والقضاء بالقرائن ليس قائماً إلا على الظن، قال الله ـ تبارك وتعالى ـ: ﴿ان يتبعون إلا الظن وما تهوى الأنفس﴾[٣١] وقال ـ تبارك وتعالى ـ: ﴿وان الظن لا يغني من الحق شيئاً﴾[٣٢]. وقال ـ عز وجل ـ: ﴿وما لهم به من علم إلا اتباع الظن﴾[٣٣]، وروى مسلم، وأبو داود عن أبي هريرة أن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال: «إياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث﴾[٣٤].

مناقشة هذا الدليل:

أجيب عن هذا بأن الظن الذي لا يعد دليلاً وهو الظن الذي نهت عنه النصوص الشرعية هو الظن في العقائد، لأن العقيدة لا تثبت بالظن باتفاق العلماء، يقول سلطان العلماء العز بن عبدالسلام: «انما ذم الله العمل بالظن في كل موضع يشترط فيه العلم أو الاعتقاد الجازم كمعرفة الإله ومعرفة صفاته»[٣٥] أو هو الظن السيىء الذي يقوم الشخص بتحقيقه، أو هو الشك الذي يعرض للمرء فيحققه ويحكم به مثل أن يظن بانسان أنه زنى، أو سرق، أو قطع الطريق أو قتل نفساً، أو أخذ مالاً، أو ثلب عرضاً، فأراد أن يؤاخذه بذلك من غير حجة شرعية يستند إليها ظنه، وأراد أن يشهد عليه بذلك على ظنه المذكور، فهذا ممنوع في الشرع، أما في غير ذلك فالإجماع على العمل بالظن، فإن تكاليف الشرع فيما عدا العقائد مبنية على الظن»[٣٦].

الرأي الراجح:

من الاستدلالات لكل فريق من الفريقين، والمناقشات التي وردت على الأدلة، يمكن بغالب الظن القول بأن رأي جمهور العلماء هو الأولى بالترجيح، لسلامة الأدلة التي اعتمد عليها هذا الرأي، ولضعف ما استند إليه القائلون بعدم حجية القرائن، وإذا رجحنا رأي الجمهور فهو بالشروط التي بينها العلماء، وسنتكلم عنها فيما سيأتي عقب هذا، وفي غير الحدود والقصاص كما سنبين رجحان رأي القائلين بذلك.

ما يشترط للعمل بالقرينة:

يشترط العلماء القائلون بأن القرينة وسيلة من وسائل الإثبات شرطين في العمل بها:

الشرط الأول: أن تكون القرينة قطعية في دلالتها، ويريد العلماء انه تكون قوية الدلالة بحيث تقارب اليقين، وذلك لأن العلم القطعي يستعمله العلماء في معنيين:

أحدهما: العلم الذي لا يوجد معه احتمال نقيضه أصلاً، كالعلم الذي نستفيده من النصوص المحكمة، والمتواترة[٣٧].

المعنى الثاني: العلم الذي يوجد معه احتمال نقيضه احتمالاً غير ناشيء عن دليل، مثل العلم المستفاد من الظاهر والنص[٣٨] والأول يسميه العلماء علم اليقين، والثاني يسمى علم الطمأنينة، ويريد العلماء بالقطع في القرينة القطع بالمعنى الثاني، لأن القطع على المعنى الأول لا يتحقق في باب القرائن.

ومثال القرينة القاطعة في دلالتها ظهور حمل إمرأة ليست مزوجة ولا معتدة، ولا ذات سيد، وظهور السكر من شخص، أو وجد يتقيؤها الخمر، ومثل ابن الغرس من الحنفية في كتابه الفواكه البدرية بالمثال الذي تكرر ذكره، والذي نقله العلماء عنه، وهو خروج رجل من دار مضطرباً خائفاً يحمل في يده سكيناً ملوثة بالدماء، وملابسه كذلك ملوثة بالدماء، فدخل الناس فور خروجه فوجدوا في الدار رجلاً مذبحواً مضرجاً في دمائه.

وذكر الدكتور عبدالعال عطوة مثالاً لذلك أيضاً قول النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ لعم حيي بن أخطب عندما ادعى نفاد المال: «العهد قريب والمال أكثر من ذلك» فكثرة المال، وقصر الفترة الزمنية التي من المحتمل أن لا يكون المال قد أنفق فيها كله، هما قرينتان في غاية القوة على أن المال الذي ادعى نفاده عم حيي ابن أخطب لا زال موجوداً، ولذلك أمر الرسول ـ صلى

الله عليه وسلم ـ الزبير بن العوام أن يمسه بعذاب، وكان نتيجة ذلك أن أرشد إلى المال وأخرجه من مخبئه.

الشرط الثاني: أن لا يعارض القرينة قرينة أخرى، أو دليل آخر، فإن عرضها شيء من هذا فلا تصلح أن تكون وسيلة للاثبات.

ومثال هذا قرينة الدم على قميص يوسف، الذي جاء به اخوته يدعون أن الذئب قد أكله، وأن هذا أثر دمه على قميصه، فإن هذا يعد بحسب الظاهر قرينة قوية على قتل الذئب ليوسف، ولكن لما وجد أبوه يعقوب ـ عليه الصلاة والسلام ـ قميصه سليماً لم يتخرق استدل بهذا على كذب اخوة يوسف، فإنه لو كان حقاً ما يقولون لمزق الذئب قميصه، فهذا دليل على أن يوسف لم يقتله الذئب.

ومثاله أيضاً ما لو وجد سند الدين عند المدين، فهذا يعد قرينة على أن المدين سدد الدين الذي كان عليه، لكن لو أقام الدائن البينة على أن المدين قد أخذ السند منه غصباً، أو سرقة، فان هذه القرينة أصبحت دلالتها كاذبة لأنه وجد دليل يعارضها، ولهذا لا يحكم القاضي ببراءة ذمة المدين[٣٩].

مجال القضاء بالقرائن:

هل القرائن عند من يقول بها تصلح أن تكون وسيلة إثبات في الحدود والقصاص أيضاً بجانب كونها عندهم وسيلة من وسائل الإثبات في غير ذلك من العقود المالية وغيرها، فلو وجدت إمرأة حبلى ليس لها زوج هل يقام عليها حد الزنا، أم لا ؟ وإذا وجد شخص تفوح من فمه رائحة الخمر، أو وجد يتقايؤها هل يقام عليه حد شرب الخمر ؟ وإذا وجد المال المسروق في بيت المتهم بالسرقة هل يقام عليه حد السرقة ؟ وهل إذا وجدت قرينة على القتل العمد هل يجب القصاص من المتهم هذا معضع خلاف بين العلماء، وسنحكي خلافهم أولاً في القرينة في الحدود، ثم نتبع ذلك بالكلام عن خلافهم في القرينة في القصاص.

آراء الفقهاء في العمل بالقرينة في الحدود:

اختلف الفقهاء في هذا على رأيين:

الرأي الأول: يرى المالكية اعتبار القرائن في الحدود[٤٠]، ويوافقهم على هذا الرأي ابن القيم الفقيه الحنبلي المشهور[٤١]، وروي الحنابلة رواية عن أحمد تقول بوجوب الحد بوجود رائحة من فم شخص، ومع أنهم ذكروا رواية عن أحمد تقول انه لا يحد بالسكر أو بتقايؤه الخمر، لاحتمال أن يكون مكرهاً، أو لم يعلم أنها تسكر، إلا أن ابن قدامة

قال: «ورواية أبي طالب عنه (أي عن أحمد) في الحد بالرائحة تدل على وجوب الحد ههنا بطريق الأولى، لأن ذلك لا يكون إلا بعد شربها فأشبه ما لو قامت البينة عليه بشربها[٤٢].

الرأي الثاني: يرى الحنفية، والشافعية، والحنابلة عدم اعتبار القرائن وسائل اثبات في الحدود[٤٣].

أدلة القائلين بالاعتماد على القرائن في الحدود:

استدل القائلون بأن القرينة وسيلة اثبات في الحدود بأدلة نذكر منها:

أولاً: ما روي عن ابن عباس قال: قال عمر بن الخطاب: كان فيما أنزل الله آية الرجم، فقرأناها وعقلناها ووعيناها، ورجم رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ ورجمنا بعده، فأخشى أن طال بالناس زمان أن يقول قائل: والله ما يجد الرجم في كتاب الله تعالى، فيضلوا بترك فريضة أنزلها الله ـ تعالى ـ والرجم في كتاب الله حق على من زنى إذا أحصن من الرجال والنساء إذا قامت البينة، أو كان الحبل، أو الاعتراف، رواه الجماعة إلا النسائي[٤٤].

مناقشة هذا الدليل:

أجيب عن هذا بأن هذا قول عمر، وأقوال الصحابة مختلف فيها هل تصلح أن تكون حجة أم لا، فلا يؤخذ بقول عمر في إثبات مثل هذا الأمر العظيم الذي يفضي إلى هلاك النفوس، وكون عمر قال هذا بجمع من الصحابة ولم ينكر عليه أحد لا يستلزم أن يكون اجماعاً، لأن الإنكار في المسائل المجتهد فيها غير لازم للمخالف، ولا سيما إذا كان القائل بذلك عمر، وهو بمنزلة من المهابة في صدور الصحابة وغيرهم[٤٥].

ثانياً: ما روي عن علي بن أبي طالب ـ رضي الله عنه ـ أنه قال: يا أيها الناس ان الزنا زناءان: زنا سر، وزنا علانية، فزنا السر أن يشهد الشهود فيكون الشهود أول من يرمي، وزنا العلانية أن يظهر الحبل أو الاعتراف فيكون الإمام أول من يرمي[٤٦].

فهذا القول من علي ـ رضي الله عنه ـ يدل على أنه كان يعد ظهور الحمل دليلاً على حدوث جريمة الزنا، وبين أن ذلك موجب لاقامة الحد، وان الحاكم أول من يرمي الزانية التي ظهر حملها، وإذا كان حد الزنا قد ثبت بالقرينة، وهي هنا الحمل، فيقاس على حد الزنا سائر الحدود فتثبت هي الأخرى بالقرينة.

مناقشة هذا الدليل:

أجيب عن هذا الاستدلال بما أجيب به عن الاستدلال بالأثر المروري عن عمر، وهو

ان هذا قول صحابي، وقول الصحابي اختلف العلماء في الاحتجاج به، واذا قيل ان علياً قال هذا بجمع من الصحابة ولم ينكر عليه أحد فالجواب أيضاً كما سبق في الإجابة عن الاستدلال بالأثر المروي عن عمر أن الانكار في المسائل الاجتهادية لا يلزم المخالف.

وهذا بالاضافة إلى أنه قد اختلفت الرواية عن الصحابة في هذا الشأن، فقد روي ان امرأة رفعت إلى عمر بن الخطاب ليس لها زوج، وقد حملت، فسألها عمر، فقالت: إني امرأة ثقيلة الرأس، وقع علي رجل وأنا نائمة، فما استيقظت حتى فرغ، فدرأ عمر عنها الحد.

وروى البراء بن صبرة عن عمر، أنه أتى بامرأة حامل فادعت أنها أكرهت، فقال: خلوا سبيلها.

وروي عن علي وابن عباس أنهما قالاً: إذا كان في الحد لعل وعسى فهو معطل، وروى الدارقطني بإسناده، عن عبدالله بن مسعود، ومعاذ بن جبل، وعقبة بن عامر أنهم قالوا: إذا اشتبه عليك الحد فادرأ ما استطعت[٤٧].

ويضاف إلى ما ذكر أيضاً أن اثبات الحدود بالقياس ليس محل اتفاق بين العلماء.

ثالثاً: ما روي عن علقمة بن وائل الكندي عن أبيه، ان امرأة خرجت على عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - تريد الصلاة، فتلقاها رجل، فتجللها[٤٨] فقضى حاجته منها، فصاحت، فانطلق ومر عليها رجل فقالت ان ذاك الرجل فعل بي كذا وكذا، ومرت بعصابة (أي جماعة) من المهاجرين فقالت: ان ذاك الرجل فعل بي كذا وكذا، فانطلقوا، فأخذوا الرجل الذي ظنت أنه وقع عليها، وأتوها به فقالت: نعم هو هذا، فأتوا به رسول الله - صلى الله عليه وسلم -، فلما أمر به ليرجم قام صاحبها الذي وقع عليها فقال: يا رسول الله، أنا صاحبها، فقال لها: اذهبي فقد غفر الله لك، وقال للرجل قولاً حسناً، وقل للرجل الذي وقعليها ارجموه، وقال: لقد تاب توبة لو تابها أهل المدينة لقبل منهم»[٤٩].

وجه الاستدلال بهذا الحديث أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أمر برجم الذي أغاث المرأة بدون شهادة على الزنا أو الإقرار به، وإنما بناء على القرينة الظاهرة، وهي أنهم ادركوه يشتد هرباً كما جاء في بعض الروايات أن القوم أخبروا أنهم أدركوه وهو يشتد، وقول المرأة المعتدى عليها انه هو هذا الذي فعل بها، وهذا يدل على أن القرينة يعتمد عليها في اثبات جريمة الزنا واقامة الحد، ويقاس على ذلك سائر الحدود.

مناقشة هذا الدليل:

أجيب عن هذا الحديث بأنه مضطرب في متنه، فبعض الروايات صرحت بأنه امتنع عن رجم الذي اعترف بالزنا لتوبته، وبعضها صريحة في رجمه، وهذا يورث ضعفاً في الحديث فلا يجوز الاستدلال به.

رد القائلين بالقرائن في الحدود:

رد القائلون بأن القرائن وسيلة إثبات في الحدود على هذه الإجابة بأن الاضطراب الواقع في الحديث ليس في الأمر يرجم الذي أغاثها وإنما هو في رجم الذي ارتكب جريمة الزنا معها، ومحط استدلالنا انما هو في رجم الذي أغاثها بناء على القرينة التي هي شواهد الحال من القبض على المغيث وهو يجري، واصرار المرأة على أنه هو الذي وقع عليها، وهذا القدر قد اتفقت عليه رواية الترمذي وغيره، وبهذا يثبت عدم الاضطراب فيها فتكون صالحة للاستدلال بها.

رد الجمهور:

رد المؤيدون لرأي الجمهور بأن الخلاف في متن الحديث أورث شبهة الضعف فلا يصح أن يستدل بحديث مختلف في متنه[٥٠].

رابعاً: ما رواه حضين بن المنذر قال: «شهدت عثمان بن عفان أتى بالوليد قد صلى الصبح ركعتين، ثم قال: أزيدكم؟ فشهد عليه رجلان أحدهما حمران أنه شرب الخمر، وشهد آخر أنه رآه يتقيؤها، فقال عثمان: أنه لم يتقيأها حتى شربها، فقال: يا علي قم فأجلده، فقال علي: قم يا حسن فأجلده، فقال الحسن: ولّ حارّها من تولى قارها[٥١]، فكأنه وجد عليه، فقال: يا عبدالله بن جعفر قم فأجلده، فجلده وعلي يعد حتى بلغ أربعين فقال: امسك، ثم قال: جلد النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ أربعين، وأبو بكر أربعين، وعمر ثمانين، وكل سنة، وهذا أحب إليَّ» رواه مسلم[٥٢].

وجه الاستدلال بهذا الحديث أن تقايؤ الخمر قرينة على شربها، وقد أمر عثمان بجلد الوليد بناء على شهادة واحد بأنه شربها وشهادة آخر أنه رآه يتقيؤها، وبين أن التقايؤ يدل على الشرب، وقد وقع ذلك بجمع من الصحابة ولم ينكر عليه أحد، فدل هذا على أن القرينة يؤخذ بها في إثبات حد الخمر.

مناقشة هذا الدليل:

أجيب عن هذا بأن التقايؤ لا يكفي في ثبوت حد الشرب، لإمكان أن يكون المتقيء لها مكرهاً على شربها، أو شربها وهو لا يعلم أنها خمر، أو نحو ذلك[٥٣].

ويمكن أيضاً أن يقال ان القرينة هنا قوت الشاهد فجاز الحكم بها، كما جاز الحكم بالشاهد واليمين.

خامساً: ما رواه السائب بن يزيد «ان عمر خرج عليهم فقال: إني وجدت من فلان ريح شراب، فزعم أنه شرب الطلاء. وإني سائل عما شرب، فان كان مسكرا جلدته، فجلده عمر الحد تاما. رواه النسائي والدارقطني[٥٤].

وجه الاستدلال أن ريح الخمر قرينة على شربها، وقد حكم عمر بجلد من وجد منه ريح الشراب، فدل ذلك على أن القرينة وسيلة من وسائل اثبات حد الشرب.

مناقشة هذا الدليل:

نوقش هذا بأنه يمكن ان يقال ان عمر جلده لأنه اعترف بأنه شرب الطلاء، وليس لوجود الرائحة[٥٥].

سادساً: ما رواه علقمة قال: كنت بحمص، فقرأ ابن مسعود سورة يوسف، فقال رجل: ما هكذا أنزلت، فقال عبدالله: والله لقرأتها على رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ، فقال: أحسنت، فبينما هو يكلمه اذ وجد منه ريح الخمر، فقال: أتشرب الخمر وتكذب بالكتاب؟! فضربه الحد. متفق عليه[٥٦].

وجه الاستدلال بهذا الأثر ان ريح الخمر قرينة على شربها، وقد أقام عبدالله بن مسعود حد الشرب على من وجد منه ريحها، فدل ذلك على أن القرينة وسيلة من وسائل إثبات الحدود.

مناقشة هذا الدليل:

نوقش هذا الاستدلال بأنه يمكن أن يقال أن القرينة هنا وصلت الى درجة من القوة بحيث يقطع معها بنفي الاحتمال، وهي هذيان الرجل وتخليطه حيث كذب بكتاب الله ـ عز وجل ـ.

أدلة القائلين بعدم العمل بالقرائن في الحدود:

أولاً: ما رواه ابن عباس قال: قال رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ: لو كنت راجماً أحداً بغير بينة لرجمت فلانة، فقد ظهر منها الريبة في منطقها، وهيئتها، ومن يدخل عليها»[٥٧].

وجه الدلالة من هذا الحديث أن القرينة لو كانت وسيلة تثبت الحد لأقام الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ حد الزنا على هذه المرأة التي ظهر من حالها قرائن تفيد وقوع الزنا منها، لكنه ـ صلى الله عليه وسلم ـ لم يفعل هذا، ويقاس على ذلك كل حد لعدم الفارق بين حد الزنا وسائر الحدود.

مناقشة هذا الدليل:

أجيب عن هذا الدليل ـ كما سبق ـ بأن الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ لم يقم حد الزنا على هذه المرأة لضعف القرائن التي ظهرت من حالها فهي ليست قرائن قوية

في دلالتها كوجود الحمل مثلاً لكي يحكم عليها بحد الزنا، وضعف القرائن يدرأ الحد، لأن القاعدة الشرعية أن الحدود تدرأ بالشبهات(٥٨).

ثانياً: ما رواه ابن عباس قال: شرب رجل فسكر، فلقى يميل في الفج، فانطلق به إلى النبي - صلى الله عليه وسلم -، فلما حاذى بدار العباس انفلت فدخل على العباس فالتزمه، فذكر ذلك للنبي - صلى الله عليه وسلم -، فضحك وقال: أفعلها ؟ ولم يأمر فيه بشيء. رواه أحمد وابو داود(٥٩).

وجه الاستدلال بهذا الحديث أن السكر قرينة تدل على شرب الخمر، ومع وجود هذه القرينة فإن الرسول - صلى الله عليه وسلم - لم يأمر بجلد السكران، فدل هذا على عدم العمل بالقرينة في حد الشرب، ومثله سائر الحدود.

مناقشة هذا الدليل:

أجيب عن هذا بأن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لم يقم حد الشرب على هذا الرجل لأنه لم يحدث منه اقرار أمامه، ولا شهد عليه أحد بأنه رآه يشرب الخمر، ولأنه تشفع بالعباس عم رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قبل أن يصل أمره إلى الحاكم وهو الرسول - صلى الله عليه وسلم -.

ثالثاً: ما روي عن عائشة قالت: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: ادرأوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله فإن الإمام أن يخطىء في العفو خير من أن يخطىء في العقوبة » رواه الترمذي(٦٠) والحديث وان كان فيه مقال إلا أنه روي من طرق أخرى تعضده موقوفاً ومرفوعاً، فيكون صالحاً للاحتجاج به على أن الحدود تدرأ بالشبهات المختلفة لا بمطلق الشبهة، بالإضافة إلى أن العلماء تلقوه بالقبول، وهذا يعتبر تصحيحاً له.

ووجه الاستدلال أن الرسول - صلى الله عليه وسلم - كما في هذا الحديث أمر بدرء الحدود بالشبهات المحتملة، والقرائن مبنية على الشبهة، فدل هذا على عدم اعتبار القرائن في الحدود(٦١).

رابعاً: اقامة الحد اضرار بمن لا يجوز الإضرار به، وهو قبيح من الناحية العقلية والشرعية، فلا يجوز منه إلا ما أجازه الشارع كالحدود والقصاص وما أشبه ذلك بعد حصول اليقين، لأن مجرد الحدس، والتهمة، والشك، مظنة للخطأ والغلط، وما كان كذلك فلا يستباح به تأليم المسلم واضراره بلا خلاف(٦٢).

ومما سبق يغلب على الظن عدم العمل بالقرائن في الحدود، ومن أقوى الأدلة على ذلك أن القرينة مبنية على الشبهة والحدود تدرأ بالشبهات.

آراء الفقهاء في العمل بالقرينة في القصاص:

يرى بعض الفقهاء أنه يؤخذ بالقرائن ـ إذا كانت قوية الدلالة بحيث تقارب اليقين ـ في إثبات جريمة القتل بدون احتياج إلى القسامة، وأما إذا كانت القرائن ضعيفة فإنه يعمل بالقسامة[٦٣].

ويرى آخرون عدم جواز العمل بالقرائن في إثبات جرائم القتل ولو كانت القرائن قوية الدلالة بحيث تقارب اليقين، بل يلجأ إلى القسامة وموجبها في صور معينة.

وممن يرى أن القرائن تصلح وسيلة من وسائل إثبات القصاص ابن الغرس من الحنفية، وابن فرحون من المالكية[٦٤]، وابن القيم الفقيه الحنبلي المشهور[٦٥].

ونقل الحنفية عن أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ أنه يرى أن النكول عن اليمين قرينة يؤخذ بها في دعوى القصاص في الأطراف، فيقضي القاضي بالقصاص في العمد في الأطراف عند نكول المدعى عليه عن اليمين، ويقضي بالدية في الخطأ، وأما صاحباه أبو يوسف ومحمد فيريان أنه في حالة النكول لا يقضي بالقصاص في النفس والطرف جميعاً ولكن يقضي بالأرش (التعويض) والدية، سواء أكانت الدعوى في القصاص في النفس أم في الأطراف[٦٦].

ويرى جمهور العلماء أن القرائن ليست وسيلة اثبات في القصاص ولو كانت قوية الدلالة وقاربت اليقين، والواجب حينئذ هو القسامة وموجبها في صور معينة[٦٧].

أدلة القائلين بإثبات القصاص بالقرينة:

أولاً: استدل هؤلاء بالأدلة التي استدلوا بها على أن القرينة وسيلة من وسائل الإثبات، وقالوا في توجيه الاستدلال بها أن هذه الأدلة عامة في جميع الحقوق فتشمل الحدود والقصاص.

مناقشة ما استدلوا به:

أجيب عن هذا بما يأتي:

١ ـ لا يوجد في هذه الأدلة التي استدللتم بها على العمل بالقرائن ما يدل على أنها عامة حتى تشمل القصاص.

٢ ـ القرائن في قضايا الدماء يكتنفها من الغموض والاحتمالات ما لا يكتنف غيرها، فالقرينة القوية في دلالتها قد تفيد القتل، لكنها لا تفيدنا ما إذا كان القتل عمداً، أو شبه عمد، أو خطأ، مع أن هذه الأنواع الثلاثة مختلفة في أحكامها، بل لو سلمنا انها تفيدنا أن القتل كان عمداً فإنها لا تفيدنا هل كان القتل دفاعاً عن النفس، أو العرض، أو المال، أو كان غيلة وظلماً، إلى غير ذلك من الاحتمالات، وعلى هذا فلا تصلح أن تكون

وسيلة إثبات في القصاص، لأنه كالحدود يدرأ بالشبهات.

ثانياً: النكول عن اليمين في جرائم الاعتداء على الأطراف دليل على أن الناكل إما مقر بالجريمة، أو باذل، أي سمحت نفسه وأباح جسمه للعقوبة، وإلا لحلف قياماً بالواجب عليه ودفعاً للضرر عن نفسه.

مناقشة هذا الدليل:

أجيب عن هذا الدليل بأن القضاء بالنكول في مسائل الدماء قضاء بقرينة ضعيفة، لأنه كما يحتمل أن يكون المدعى عليه قد امتنع عن اليمين احترازاً عن اليمين الكاذبة، يحتمل أن يكون امتناعه تورعاً عن اليمين الصادقة، ويحتمل أيضاً أن يكون بسبب الاشتباه، والقضاء بالقرينة وبخاصة الضعيفة لا يجوز في مسائل الدماء، لأنه يجب الاحتياط فيها أكثر من غيرها[٦٨].

أدلة المانعين لإثبات القصاص بالقرينة:

أولاً: ما روي عن سهل بن أبي حثمة قال: انطلق عبدالله بن سهل، ومحيصة ابن مسعود إلى خيبر وهو يومئذ صلح، فتفرقا، فأتى محيصة إلى عبدالله بن سهل وهو يشخط في دمه قتيلاً، فدفنه، ثم قدم المدينة، فانطلق عبدالرحمن بن سهل، ومحيصة، وحويصة ابنا مسعود إلى النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ، فذهب عبدالرحمن يتكلم، فقال الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ: كبر، كبر[٦٩] وهو أحدث القوم، فتكلما، قال: اتحلفون وتستحقون قاتلكم أو صاحبكم؟ فقالوا: كيف نخلف ولم نشهد[٧٠] ولم نر؟ قال: فتبرئكم يهود بخمسين يميناً، فقالوا: كيف نأخذ إيمان قوم كفار؟ فعقله[٧١] النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ من عنده[٧٢]. وفي رواية متفق عليها، «فقال لهم: تأتون بالبينة على من قتله؟ قالوا: ما لنا من بينة، قال: فيحلفون، قالوا: لا نرضى بإيمان اليهود، فكره رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ أن يبطل دمه، فوداه[٧٣]ه بمائة من ابل الصدقة»[٧٤].

وجه الاستدلال بهذا الحديث، أنه دل على أن دعوى القتل لا تثبت إلا بشاهدين أو بالقسامة إذا لم يوجد الشاهدان، وهذا ينفي أن القرينة وسيلة إثبات فيها.

مناقشة هذا الدليل:

أجيب عن هذا الدليل بأن الحديث لا يوجد فيه دليل على الاقتصار على الشاهدين في إثبات دعاوى القتل، وعلى هذا فلا يكون الحديث دالاً على عدم اعتبار القرينة وسيلة من وسائل الإثبات.

ثانياً: الاحتياط في الدماء مثل الاحتياط في الحدود بل أكثر منها وأولى، ولما كانت القرائن في الدماء في كثير من الحالات يكتنفها الغموض والإبهام، فإن هذا يعد شبهة يجب أن تكون دارئة للقصاص، لأنه يدرأ بالشبهات كما تدرأ بها الحدود(٧٥).

الرأي الراجح:

يغلب على الظن أن ما يراه الجمهور وهو عدم القضاء بالقرينة في القصاص هو الرأي الراجح، وأقوى ما يسند هذا الرأي هو أن القرينة في كثير من الحالات يكتنفها الغموض والإبهام، وهذا شبهة، والقصاص يدرأ بالشبهات.

وهذا دليل قوي، وأما ما استند إليه القائلون بأن القرينة تصلح أن تكون وسيلة إثبات في القصاص، فقد ضعف من قبل المخالفين، ولكن ينبغي أن نقول كما قال بعض العلماء انه إذا كانت القرينة قاطعة بحيث لا تكون محتملة لأدنى شك، فإنها تكون وسيلة إثبات في جرائم القتل، كما لو وجدت بصمات المتهم على السكين التي تمت بها جريمة القتل، ولم يستطع المتهم أن يعلل لوجود بصماته عليها تعليلاً يورث شبهة تنقذه من عقوبة القصاص.

عمل فقهاء المذاهب الأربعة بالحكم بالقرائن:

نحب أن نذكر في ختام الكلام عن القرينة وآراء العلماء فيها من حيث كونها وسيلة إثبات أم لا، أن الفقهاء من المذاهب الفقهية الأربعة عملوا بالقرائن في مسائل كثيرة، وإليك بعضاً من هذه المسائل:

المسألة الأولى: يرى الفقهاء جميعاً جواز اتصال الرجل جنسياً بالمرأة التي أهديت إليه ليلة الزفاف ـ إذا كان لا يعرفها ـ وإن لم يشهد عنده عدلان من الرجال أن هذه فلانة بنت فلان التي عقد عليها، وان لم يستنطق النساء أن هذه زوجته، وذلك اعتماداً على القرينة الظاهرة المنزلة منزلة الشهادة.

المسألة الثانية: جواز الاعتماد على قول الصبيان المرسل معهم بالهدايا وأنها مرسلة إليهم، فتقبل أقوالهم ويجوز أكل الطعام المرسل به.

المسألة الثالثة: جواز أخذ ما يسقط من الانسان إذا لم يعرف صاحبه مما لا يتبعه الإنسان، كالفلس، والثمرة ونحو ذلك.

المسألة الرابعة: جواز أخذ ما يبقى في البساتين والمزارع من الثمار والحب بعد انتقال أهله عنه، وتخليته، وتسييبه.

المسألة الخامسة: جواز أخذ ما يسقط من الحب عند الحصاد مما لا يعتني صاحب الزرع بلقطه.

المسألة السادسة: يجوز للضيف أن يقدم على الأكل اذا قدم له صاحب المنزل الطعام وان لم يأذن له باللفظ، إذا علم أن صاحب الطعام قدمه له خاصة، ليس هناك غائب ينتظر حضوره، اعتباراً بدلالة الحال الجارية مجرى القطع.

المسألة السابعة: القضاء بالنكول (الإمتناع عن اليمين) واعتباره في الأحكام، وليس إلا رجوعاً إلى مجرد القرينة الظاهرة، فقدمت على أصل براءة الذمة[٧٦].

المسألة الثامنة: إذا تنازع الزوجان في متاع البيت، ولا توجد بينة، فجمهور الفقهاء يرون أن للرجل ما يعرف للرجال وللمرأة ما يعرف للنساء[٧٧].

المسألة التاسعة: جواز شهادة الشاهد على القتل الموجب للقصاص أنه قتله عمداً عدواناً، والعمدية صفة تقوم بالقلب، فجاز للشاهد أن يشهد بها اكتفاء بالقرينة الظاهرة[٧٨].

المسألة العاشرة: إقرار المريض بوارث أو صديق ملاطف لا يقبل عند المالكية، لقيام قرينة التهمة في قصده نفع الوارث، أو ايصال ذلك لبعض الورثة على يد صديقه.

المسألة الحادية عشرة: إذا دعت الزوجة أن زوجها لم يكن ينفق عليها فيما مضى من الزمان وهما في بيت واحد، فلا يقبل قولها عند مالك، وأحمد، لأن وجودهما في بيت واحد قرينة دالة على كذبها.

المسألة الثانية عشرة: انعقاد التبايع بالمعاطاة من غير لفظ، إكتفاء بالقرائن والأمارات الدالة على الرضا، قال بهذا المالكية والحنابلة، وقال به أيضاً الحنفية، وان خالف القدوري من علمائهم فذكر أن التعاطي يجوز في الأشياء الخسيسة كالرغيف، والبيضة، ولا يجوز في الأشياء النفيسة، قال صاحب البدائع معقباً على ما ذكره القدوري: ورواية الجواز في الأصل مطلق عن هذا التفصيل وهي الصحيحة[٧٩]. وخالفهم الشافعي ـ رضي الله عنه ـ في ذلك، لكن جماعة من الشافعية منهم النووي، والبغوي، والمتولي اختاروا صحة البيع بالمعاطاة في كل ما يعده الناس بيعاً، ويرى ابن سريج والروياني من فقهاء الشافعية جواز البيع بالمعاطاة، كشراء رغيف، أو حزمة بقل ونحوهما[٨٠].

المسألة الثالثة عشرة: يرى الحنابلة وبعض المالكية أنه يجوز للرجل أن يلاعن امرأته، فيشهد عليها بالزنا توكيداً لشهادته باليمين، إذا رأى رجلاً يعرف بالفجور يدخل إليها ويخرج من عندها، نظراً إلى الأمارات والقرائن الظاهرة[٨١].

ثم أما بعد، فإنه اذا كانت القرينة تصلح أن تكون وسيلة اثبات لحكم معين في بعض الأمور، فإن الفراسة لا تصلح أن تكون أساساً للحكم وجمهور العلماء على منع الحكم بالفراسة، لأن القضاء لا بد أن يعتمد على الأدلة الظاهرة الواضحة، والقضاء بالفراسة ما هو [illegible] على فكرة تحدث في نفس الإنسان، وقد تكون هذه الفكرة صحيحة وقد

تكون خطأ لأنها لم تبن إلا على الظن والتخمين، والظن كما أنه قد يصيب في بعض الأحيان فإنه كثيراً ما يخطىء، فيؤدى ذلك إلى القضاء بالظلم[٨٢]. قال ابن العربي: الفراسة لا يترتب عليها حكم، وقال: ان مدارك الأحكام معلومة شرعاً مدركة قطعاً، وليست الفراسة منها.

وقال ابن فرحون: الحكم بالفراسة مثل الحكم بالظن، والحزر، والتخمين، وذلك فسق وجور من الحاكم، والظن يخطىء ويصيب[٨٣].

الهوامش :

(١) مقارنة المذاهب في الفقه للشيخين محمود شلتوت، ومحمد علي السايس ص ١٣٧ .

(٢) القرائن ودورها في الإثبات، مصدر سابق للدكتور أنور دبور ص ٢١٤ .

(٣) محاضرات في علم القاضي والقرائن وغيرهما للدكتور عبدالعال عطوة ص ٢٩ - ٣١ .

(٤) مثال الأمارة التي نص عليها الشارع سكوت البكر فإنه إذن في زواجها، والفراش فإنه يثبت النسب من صاحبه، ومثال الأمارة التي استنبطها العلماء باجتهادهم اهداء المرأة ليلة الزفاف إلى الزوج فإنه يحل له الدخول بها ولو لم يشهد شاهدان على أنها زوجته.

(٥) المدخل الفقهي العام للأستاذ مصطفى الزرقا جـ ٢ ص ٩١٨، والفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي جـ ٦ ص ٧٨٢ .

(٦) محاضرات في علم القاضي والقرائن والنكول عن اليمين والقيامة للدكتور : عبدالعال عطوة ص ٢٨، ص ٢٩ .

(٧) المجاني الزهرية لمحمد صالح بن عبدالفتاح بن ابراهيم الجارم، على الفواكه البدرية لمحمد ابن محمد بن خليل المعروف بابن الغرس ص ٨٣ .

(٨) التعزير عقوبة غير مقدرة تجب إما حقاً لله أو حقاً للانسان.

(٩) محاضرات في علم القاضي - القرائن - النكول عن اليمين - القيافة للدكتور عبدالعال عطوة ص ٢٩ .

(١٠) القرائن ودورها في الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي للدكتور أنور دبور ص ٦٩ .

(١١) اللوث - بفتح اللام وسكون الواو - فسره الحنفية بأنه العداوة، وفسره الشافعية بأنه قرينة حال توقع في القلب صدق المدعي بأن يغلب على الظن صدقه، بأن يكون هناك علامة القتل على واحد معين، كوجود بعض الدم على جسمه أو ملابسه، أو ظاهر يشهد للمدعى من عداوة ظاهرة، أو وجد قتيل تفرق عنه جمع، كأن ازدحموا على بئر، أو على باب الكعبة ثم تفرقوا عن قتيل، أو لم يكتمل نصاب الشهادة فوجد شاهد واحد عدل، فهذا أيضاً لوث، أو شهد جماعة غير عدول أن أهل هذا الموضع قتلوه.

ومعنى اللوث عند مالك كمعناه عند الشافعية.

ويرى أحمد في رواية عنه أن اللوث هو العداوة الظاهرة بين المقتول والمدعى عليه، وفي رواية ثانية عن أحمد أن اللوث ما يغلب على الظن صدق المدعي مجمع الأنهر ٢ ص ٦٧٨ والمفتي جزء ٨ ص ٦٨ .

(١٢) الحدود هي العقوبات المقدرة التي وجبت حقا لله عز وجل، كعقوبة الزنا، وشرب الخمر، والسرقة، وقطع الطريق، والقذف أي رمي الغير بالزنا من غير بينة.

(١٣) ويمكن أيضاً أن يمثل لهذا النوع من القرائن بما لو ثبت من تحليل دم الزوجين أن دمهما من فصيلة (أ) وثبت من تحليل دم الطفل أن دمه من فصيلة (ب) فإن هذا يعد قرينة قوية تفيد اليقين أن الطفل ليس ابناً لهذين الزوجين، وذلك لأنه ـ كما قال الأطباء والعلماء التجريبيون ـ تتأثر فصيلة دم الطفل بنوع فصيلة دم الأب والأم، وعلى هذا يمكن أن يكون تحليل الدم وسيلة لنفي النسب.

وهذا بناء على ما أكده الاطباء والمعمليون المعاصرون، فالفتوى تنبني على ما أكده في ذلك.

(١٤) منهاج الطالب في المقارنة بين المذاهب لأستاذنا الدكتور عبدالسميع إمام ص ٢٤٦ ـ ٢٤٨.

(١٥) كما يمكن التمثيل أيضاً لهذا القسم بوجود بقعة من دم انساني من فصيلة دم القتيل على ملابس المتهم، أو وجود بصمة على السلاح المستعمل في جريمة القتل.

ويرى بعض العلماء المعاصرين أن البصمة تفيد اليقين، فيعتمد عليها أكثر من الاعتماد على شهادة الشهود، لأن الشهادة تفيد غلبة الظن، وأما البصمة فدلالتها يقينية لا تكذب.

ويمكن أن يقال إن الشهود يحكون ما حدث أمامهم، فغالب الظن ـ لأنهم عدول ـ أن ما يشهدون به حدث، أما البصمة فلا تفيد إلا مجرد وجود صاحبها في مكان البصمة، ولا تفيد اليقين بحدوث الواقعة محل التهمة من صاحب البصمة، لأن وجوده في مكان الجريمة لا يستلزم أن يكون هو الذي ارتكبها، فقد يكون حضر إلى هذا المكان لأمر آخر غير ارتكاب هذه الجريمة.

(١٦) ويمكن أن يمثل لهذا القسم أيضاً بما لو وجدت إجابة الطالب في أوراق الإمتحان مطابقة تمام المطابقة لما هو مكتوب في الكتاب المقرر دراسته، فهذا يفيد ظناً ما بأن الطالب غاش في الإمتحان، لأن الغالب وما جرت العادة به أن لا تكون اجابات الطلاب في الإمتحانات مطابقة تمام المطابقة لما هو موجود في الكتاب، وإنما يختلف تعبير الطلاب كثرة أو قلة عن تعبير الكتاب المقرر، وكلما قويت حافظة الطالب كان تعبيره قريباً مما هو موجود في الكتب، ولكن في نفس الوقت يحتمل احتمالاً غير بعيد أن الطالب قد بلغ درجة قوية جداً في ملكة الحفظ، فساعده ذلك على أن تكون إجابته بهذه الصورة.

(١٧) تبيين الحقائق شرح كنز الحقائق للزيلعي جـ ٣ ص ٢٩٩، والمجاني الزهرية لمحمد صالح بن عبدالفتاح بن ابراهيم الجارم، على الفواكه البدرية لمحمد بن محمد بن خليل المعروف بابن الغرس ص ٨٢. ومعين الحكام للطرابلسي ص ١٦١، وتبصرة الحكام لابن فرحون بهامش فتح العلي المالك جـ ٢ ص ١١٣ وما بعدها، وقواعد الأحكام للعز بن عبدالسلام جـ٢ ص ١١٥ ـ ١٢٠، وأدب القضاء لابن أبي الدم جـ ١ ص ١٨٧، والطرق الحكمية لابن القيم ص ٩ وما بعدها، ومقارنة المذاهب في الفقه للشيخين محمود محمد شلتوت، ومحمد علي السايس ص ١٣٧ وما بعدها، والشرح الصغير مع حاشية الصاوي جـ ٣ ص ٥٣٩، ومنهاج الطالب في المقارنة بين المذاهب للدكتور عبدالسميع إمام ص ٢٤٢، والقرائن ودورها في الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي للدكتور أنور محمود دبور ص ٢٥، ومحاضرات في علم القاضي والقرائن وغيرهما للدكتور عبدالعال عطورة ص ٣٢، ٤٤.

(١٨) أحكام القرآن للجصاص جـ ٣ ص ١٧١ والفروق للقرافي مطبوع مع ادرار الشروق على أنواء الفروق، لقاسم بن عبدالله الأنصاري جـ ٤ ص ٦٥، ١١٠ دار المعرفة للطباعة بيروت، والأصول القضائية في المرافعات الشرعية للشيخ علي قراعة ص ٢٧٥، والقرائن ودورها في الإثبات للدكتور أنور محمد دبور ص ٢٨، ٢٩.

(١٩) سورة يوسف الآية رقم ١٨.

(٢٠) سورة يوسف الآية رقم ٢٦.

(٢١) سورة الأنعام الآية رقم ٩٠.

(٢٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي، محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي جـ ٩ ص ١٤٩، ١٥٠، ١٧٣، ١٧٤.

(٢٣) تبصرة الحكام لابن فرحون جـ ٢ ص ١١١ ـ ١١٣.

(٢٤) القسامة عند جمهور العلماء هي الإيمان المكررة في دعوى القتل، يقسم بها المدعون فيحلفون خمسين يميناً، ويجب الحق بهذه الأيمان الخمسين، وأما الحنفية فيرون أن ولي القتيل لا يحلف، بل الذي يحلف هو المدعى عليهم، فيختار منهم ولي الدم خمسين رجلاً، يحلف كل منهم ما قتله ولا علم له قاتلاً.

ويلجأ للقسامة إذا لم يوجد بينة على القتل، وهي رجلان عدلان.

(٢٥) تبصرة الحكام لابن فرحون جـ ٢ ص ١١٣ وما بعدها.

(٢٦) الطرق الحكمية ص ٩.

(٢٧) نيل الأوطار جـ ٨ ص ٣٠٥ شركة الطباعة الفنية المتحدة.

(٢٨) محاضرات في علم القاضي والقرائن وغيرهما للدكتور عبدالعال عطوة ص ٤٢.

(٢٩) مقارنة المذاهب في الفقه للشيخين محمود شلتوت ومحمد علي السايس ص ١٤٠.

(٣٠) محاضرات في علم القاضي، مصدر سابق ص ٤٢.

(٣١) سورة النجم الآية رقم ٢٣.

(٣٢) سورة النجم الآية رقم ٢٨.

(٣٣) سورة النساء الآية رقم ١٠٧.

(٣٤) صحيح مسلم بشرح النووي جـ ١٦ ص ١١٨، وسنن أبي داود جـ ٥ ص ٢١٧.

(٣٥) قواعد الأحكام للعز بن عبدالسلام جـ ٢ ص ٥٢.

(٣٦) محاضرات في علم القاضي، القرائن وغيرهما، مصدر سابق ص ٤٣.

(٣٧) المحكم هو اللفظ الذي وضحت دلالة على الحكم، ولم يحتمل تأويلاً ولا تخصيصاً ولا نسخاً، وذلك مثل النصوص التي تدل على أحكام أساسية هي من قواعد الدين، كالأيمان بالله ـ تعالى ـ وحده، وبملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر، أو كان نصاً دل على حكم شيء هو من أمهات الفضائل كالعدل، والوفاء بالعهد، أو دل على حكم جزئي ورد التصريح بتأبيده ودوامه، مثل قول الله ـ عز وجل ـ: «وما كان لكم أن تؤذوا رسول الله، ولا أن تنكحوا أزواجه من بعده أبداً» أصول الفقه الإسلامي للأستاذ زكي الدين شعبان ص ٣٥٥.

(٣٨) الظاهر هو اللفظ الذي يدل على معناه دلالة واضحة، بحيث لا يتوقف فهم المراد منه على قرينة خارجية، مع احتمال التأويل والتخصيص، ولم يكن الحكم المستفاد منه هو المقصود الأصلي من سوق الكلام، مثاله قول الله ـ تعالى ـ: «الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا، وأحل الله البيع وحرم الربا فان كلمة «أحل» تدل دلالة واضحة على أن البيع حلال، وكلمة «وحرم» تدل دلالة واضحة على أن الربا حرام ولا يحتاج كل من هذين اللفظين في دلالته الى قرينة خارجية، وكل منهما ليس مقصوداً بالأصالة من سوق الآية،

وانما المقصود الأصلي منها بيان الفرق بين البيع والربا، لأن الآية نزلت ترد على الذين قالوا بالتساوي بينهما فقالوا: «إنما البيع مثل الربا» فاختلاف الحكمين فيهما يوصل الى عدم التماثل بينهما.

وأما النص فهو اللفظ الذي يدل على معناه دلالة واضحة، مع احتمال التأويل والتخصيص، وكان الحكم المستفاد منه هو المقصود الأصلي من سوق الكلام، ومثاله قول الله ـ تعالى ـ: ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ فانه يدل دلالة واضحة على التفرقة بين البيع والربا مع احتمال التأويل والتخصيص، وهذا الحكم هو المقصود الأصلي من هذا النص، أصول الفقه الإسلامي للأستاذ زكي الدين شعبان ص ٣٥١ ـ ٣٥٣.

(٣٩) محاضرات في علم القاضي ـ القرائن وغيرهما. مصدر سابق ص ٢٩ ـ ٣١.

(٤٠) قال المالكية: إن المرأة إذا ظهر بها حمل ولم يعرف لها زوج، أو كانت أمة وكان سيدها منكراً لوطئها فإنها تحد ولا تقبل دعواها الغصب على ذلك بلا قرينة تشهد لها بذلك، ولا دعواها ان هذا الحمل من مني شربه، فرجها في الحمام، ولا من وطء جني الا لقرينة مثل كونها عذراء وهي من أهل العفة، وصرح المالكية بأنه إذا شهد عدلان أنهما شما رائحة الخمر من انسان يجب اقامة حد الشرب عليه وكذلك لو شهدا بأنه تقايأها، حاشية الدسوقي جـ ٤ ص ٣١٩، والشرح الصغير جـ ٤ ص ٥٠١، ٥٠٢.

(٤١) الطرق الحكمية ص ٦.

(٤٢) المغني جـ ٨ ص ٣٠٩.

(٤٣) مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٤٩، ١٥٠ حيث حصروا وسائل اثبات الزنا في البينة والإقرار وص ١٩٠ حيث صرحوا بأنه لا يحد بريح الخمر، والسكر، والقيء وانما يحد بالإقرار أو الشهادة. والمغني جـ ٨ ص ١٩١، ص ٣٠٩ وفتح القدير جـ ٥ ص ٢١٣، ص ٣٠٨ ونيل الأوطار جـ ٧ ص ١٧٠.

(٤٤) نيل الأوطار جـ ٨ ص ٣٠٧.

(٤٥) المصدر السابق جـ ٨ ص ٣٠٨.

(٤٦) المغني جـ ٨ ص ٢١١.

(٤٧) المصدر السابق جـ ٨ ص ٢١١.

(٤٨) تجللها أي تنشاها أي وطئها.

(٤٩) عارضة الأخوذي بشرح الترمذي. الإمام الحافظ ابن العربي المالكي جـ ٦ ص ٣٣٥ ـ ص ٣٣٧، وسنن أبي داود لأبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي جـ ٤ ص ١٣٤.

(٥٠) محاضرات في علم القاضي، مصدر سابق ص ٤٩.

(٥١) الحار من العمل: شاقة وشديدة، ومعنى «قارها» أي ما لا مشقة فيه من الأعمال، والمراد من الجملة: ولّ الأعمال الشاقة من تولى الأعمال التي لا مشقة فيها.

(٥٢) نيل الأوطار جـ ٧ ص ١٥٦ مطبعة مصطفى البابي الحلبي.

(٥٣) المصدر السابق جـ ٧ ص ١٦٠.

(٥٤) نيل الأوطار جـ ٧ ص ١٦٢. والطلاء اسم للمطبوخ من ماء العنب إذا ذهب ثلثاه وبقي ثلثه وصار مسكراً.

(٥٥) نيل الأوطار جـ ٧ ص ١٦٨.

(٥٦) محاضرات في علم القاضي، مصدر سابق ص ٥٠.

(٥٧) نيل الأوطار جـ ٨ ص ٣٠٥ شركة الطباعة الفنية المتحدة.

(٥٨) محاضرات في علم القاضي والقرائن وغيرهما للدكتور عبدالعال عطوة ص ٥١، ٥٢.

(٥٩) نيل الأوطار جـ ٧ ص ١٦٨.

(٦٠) المصدر السابق جـ ٧ ص ١١٨.

(٦١) محاضرات في علم القاضي ـ القرائن ـ النكول عن اليمين ـ القيافة لأستاذنا الدكتور عبدالعال عطوة مكتوبة بالآلة الكاتبة ص ٤٧ ـ ٥٣.

(٦٢) نيل الأوطار جـ ٧ ص ١١٧.

(٦٣) المجاني الزهرية على الفواكه البدرية ص ٨٣.

(٦٤) تبصرة الحكام جـ ٢ ص ١١٣.

(٦٥) الطرق الحكمية ص ٧.

(٦٦) البدائع جـ ٦ ص ٢٣٠، وتكملة فتح القدير لقاضي زاده جـ ٨ ص ١٩٠.

(٦٧) محاضرات في علم القاضي ـ القرائن ـ النكول عن اليمين ـ القيافة للدكتور عبدالعال عطوة ص ٥٣، والقرائن ودورها في الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي للدكتور أنور محمود دبور ص ١٧٠.

(٦٨) محاضرات في علم القاضي ـ القرائن الخ. مصدر سابق ص ٥٤.

(٦٩) أي دع من هو أكبر منك سناً يتكلم.

(٧٠) أي لم نشهد الجريمة وقت حدوثها.

(٧١) أي أعطي ديته.

(٧٢) نيل الأوطار جـ ٧ ص ١٨٣.

(٧٣) أي دفع ديته.

(٧٤) نيل الأوطار جـ ٧ ص ١٨٣، ١٨٤.

(٧٥) محاضرات في علم القاضي ـ القرائن الخ مصدر سابق ص ٥٤ ـ ٥٥.

(٧٦) معين الحكام لعلي بن خليل الطرابلس ص ١٦٦ والطرق الحكمية لابن القيم ص ٢٥.

(٧٧) الطرق الحكمية ص ٢٥.

(٧٨) تبصرة الحكام جـ ٢ ص ١١٦.

(٧٩) البدائع جـ ٥ ص ١٣٤.

(٨٠) مغنى المحتاج لمحمد الشربيني الخطيب جـ ٢ ص ٣ والفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي.

(٨١) تبصرة الحكام جـ ٢ ص ١١٨، والطرق الحكمية ص ٢٥.

(٨٢) القرائن ودورها في الإثبات للدكتور: أنور دبور ص ١٤، ١٥.

(٨٣) تبصرة الأحكام جـ ١ ص ٢٠١، ٢٠٣، جـ ٢ ص ١٣٠، ١٣١.

ماهية مرض الموت
وتأثيره في التصرفات بصفة عامة

بحث مقارن

بقلم
الأستاذ الدكتور/ أنور محمود دبور*

(*) أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق، جامعة القاهرة، والمعار حالياً إلى كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة.

له العديد من المؤلفات والبحوث المنشورة في الفقه الإسلامي، منها: «نظام استغلال الأراضي الزراعية في الشريعة والقانون» و«القرائن ودورها في الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي» و«إثبات النسب بطريق القيافة في الفقه الإسلامي» و«الشبهات وأثرها في إسقاط الحدود».



تمهيد

إن التشريع الإسلامي ـ كما هو معروف ـ دين ودنيا، ينظم علاقة الإنسان بخالقه، كما ينظم علاقة المخلوقين بعضهم ببعض، وهو ـ في تنظيمه لعلاقة المخلوقين ـ لا يفضل أحداً على أحد، ولا جماعة على جماعة، ولكن الجميع أمام شرع الله سواء.

من هذا المنطلق وجدنا التشريع الإسلامي يمنع الإنسان من بعض التصرفات التي يترتب عليها إضرار بالآخرين[1]. ومن بين هذه التصرفات تلك التي تصدر من المريض أثناء مرض موته، فقد اعتبرها جمهور فقهاء الشريعة غير نافذة، أي غير منتجة لأثرها، على التفصيل الذي سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

وتقييد تصرفات المريض مرض الموت، أو اعتبارها غير نافذة، أمر تدعو إليه مصلحة دائني هذا المريض وورثته، ذلك أن الإنسان عندما يشعر بدنو أجله، واقتراب رحيله عن الدنيا، تسوء حالته النفسية، وتضطرب عواطفه وأحاسيسه، وربما أقدم خلال هذه الفترة الحرجة من حياته على تصرفات ضارة بدائنية أو ورثته، تلبية لهوى جامح، أو نزوة عابرة، كأن يهب ماله كله أو بعضه لشخص معين سيطر على عواطفه لسبب ما، في الوقت الذي يكون فيه هذا المريض مديناً لبعض الناس، أو يكون له ورثة في حاجة إلى أن يخلفوه فيما ترك.

ولا شك أن حماية مصلحة الدائنين والورثة في مثل هذا الحال. أولى من حماية مصلحة الموهوب له، وهذا ما يفرضه منطق التفكير السليم، والرأي السديد.

ومما تجدر الإشارة إليه أن تقييد تصرفات المريض على النحو الذي جاء في الفقه الإسلامي، يعد مفخرة من مفاخر هذا الفقه الذي تميز بها عما عداه، والتي لم نجد لها مثيلاً في القوانين الوضعية الأوربية حتى الآن[2].

ونظراً لما يتمتع به مبدأ تقييد تصرفات المريض مرض الموت في الشريعة من أهمية بالغة في مجال التطبيق العملي، فقد وجدنا في العصر الحديث كثيراً من القوانين في البلاد العربية تأخذ هذا المبدأ من الفقه الإسلامي، ومن هذه القوانين: القانون المدني المصري، والقانون المدني السوري، والقانون المدني العراقي، والقانون المدني الليبي[3]، ولهذا صار لازماً بالنسبة لرجال القضاء أن يتعرفوا على أحكام مرض الموت من المصدر الذي أخذت عنه هذه القوانين هذا المبدأ، وهو الفقه الإسلامي.

واسهاماً منا في تجلية بعض جوانب هذا الموضوع الحيوي، فإنا نقدم هذا البحث المقارن، في تحديد ماهية مرض الموت، وبيان تأثيره في التصرفات بصفة عامة، تاركين الحديث التفصيلي عن تأثيره في عقود المعاوضات والتبرعات وسائر التصرفات، إلى فرصة أخرى إن شاء الله.

هذا، ونسأل الله الهداية والتوفيق والرشد والسداد، في كل ما يوصلنا إلى خير ديننا ودنيانا، إنه خير مسؤول، وأكرم مجيب.

تقسيم:

١ ـ نتناول ـ بمشيئة الله تعالى ـ في هذا القسم: التعريف بمرض الموت من النواحي اللغوية والشرعية والقانونية، ثم نبين آراء الفقهاء في تأثير مرض الموت في التصرفات، ثم نحدد سبب تقييد تصرفات المريض مرض الموت، ثم نلقي الضوء على ما يتعلق به حق الغرماء والورثة، ونوضح تكييف تعلق حق الورثة بمال المريض، ومدى تأثير تصرفات المريض بالمرض، وذلك في الأبواب الستة التالية:

الباب الأول: التعريف بمرض الموت.

الباب الثاني: آراء الفقهاء في تأثيره في التصرفات.

الباب الثالث: سبب تقييد تصرفات المريض.

الباب الرابع: فيما يتعلق به حق الغرماء والورثة.

الباب الخامس: في تكييف تعلق حق الورثة بمال المريض.

الباب السادس: في مدى تأثر تصرفات المريض بالمرض.

البـــاب الأول
التعريف بمرض الموت

تقسيـــم:

٢ ـ نجمل حديثنا في هذا الباب في الفصول الخمسة التالية:

الفصل الأول: في تحديد مفهوم مرض الموت لغة وشرعا، وبيان ما نراه في ذلك.

الفصل الثاني: في الأمراض المشتبه في كونها أمراض موت.

الفصل الثالث: في الحالات التي تلحق بمرض الموت.

الفصل الرابع: مرض الموت في التقنيات الشرعية الحديثة.

الفصل الخامس: موقف القانون من تعريف مرض الموت.

الفصـــل الأول
تحديد مفهوم مرض الموت لغة وشرعاً

أولاً ـ معناه لغة:

٣ ـ مرض الموت مركب اضافـي يمكن معرفته بمعرفة جزئية: «مرض» و«موت».

فالمرض في اللغة هو: حالة يخرج معها الإنسان عن حد الاعتدال وهو نوعان، الأول: مرض جسمي، وهو المذكور في قوله تعالى: ﴿ليس على الأعمى حرج، ولا على الأعرج حرج، ولا على المريض حرج[٤]، والثاني: عبارة عن الرذائل، كالجهل والجبن والبخل والنفاق، وغيرها من الرذائل الخلقية، نحو قوله سبحانه: «في قلوبهم مرض فزادهم الله مرضاً[٥]، وشبهت الرذائل بالمرض لكونها مانعة عن ادراك الفضائل، كالمرض المانع للبدن عن التصرف الكامـل، أو لكـونهـا مـانعـة عـن تحصيـل الحيـاة الأخروية[٦] المذكورة في قـولـه تعـالى: ﴿وإن الدار الآخـرة لهـي الحيـوان لـو كـانـوا يعلمون﴾[٧].

والموت يطلق لغة على السكون، يقال: ماتت الريح، أي سكنت، وعلى ذهاب القوة الحسية، كقوله تعالى حكاية عن مريم عليها السلام: ﴿يا ليتني مت قبل هذا﴾[٨]، وعلى زوال القوة العاقلة، وهي الجهالة، كقوله تعالى: ﴿إنك لا تسمع الموتى ولا تسمع الصم الدعاء﴾[٩]، وعلى المنام، كقوله تعالى: ﴿الله يتوفى الأنفس حين موتها، والتي لم تمت في منامها﴾[١٠] وعلى غير ذلك[١١].

ثانياً ـ معناه شرعاً:

٤ ـ أما المقصود بمرض الموت شرعاً فقد اختلف فيه فقهاء الشريعة اختلافاً كبيراً، وهذا ما دعا بعضهم إلى الاكتفاء بذكر أمثلة له دون تعريفه[١٢].

أ ـ عند الحنفية:

٥ ـ ومن التعريفات التي ذكرها الحنفية له أنه: المرض الذي يخاف منه الهلاك غالباً[١٣]، وقيل المريض: من لا يستطيع أن يخطو ثلاث خطوات من غير أن يستعين بغيره، وقيل من لا يقدر على أداء الصلاة جالساً، وقيل من لا يقدر أن يقوم بنفسه، بل كان يعتمد في قيامه على غيره، وقيل: من لا يقدر على المشيء إلا أن يهادي بين اثنين، وقيل: من يعجز عن قضاء حوائجه خارج البيت، وان أمكنه القيام بحوائجه داخل البيت[١٤].

والمختار أن المريض مرض الموت هو المصاب بمرض يغلب منه الموت، وإن لم يكن صاحب فراش[١٥].

ب ـ عند المالكية:

٦ ـ أما المالكية فقد عرفوه بأنه: المرض الذي يحكم أهل الطب بأنه يكثر الموت من مثله، كالسل[١٦] والقولنج[١٧].

والمراد بالكثرة أن لا يتعجب من صدور الموت عنه، ولو لم ينشأ عنه الموت غالباً، وعلى هذا فلو كان شخص مصاباً بوجع في ضرسه، أو برمد، فلا يعد مريضاً مرض الموت عند المالكية، لأنه إن مات من ذلك يتعجب منه[١٨].

جـ ـ عند الشافعية:

٧ ـ وأما الشافعية فقد عرفه بعضهم بأنه: كل مرض يستعد بسببه للموت، بالإقبال عادة على العمل الصالح، وقيل كل مرض يتصل به الموت[١٩]، وقيل كل مرض لا تطول معه حياة صاحبه، ونظراً لهذا الاختلاف ترك بعض الشافعية تعريفه واكتفى بذكر الأمثلة[٢٠]، كما أشرنا إلى ذلك قريباً[٢١].

وعلى كل حال فقد اشترط الشافعية في مرض الموت أن يكون مخوفاً، وليس معنى كونه مخوفاً أن يكون حصول الموت بسببه غالباً، وإنما معناه أن يكون حصول الموت بسببه غير نادر، وقد مثلوا له بالبرسام[٢٢] والقولنج[٢٣].

د ـ عند الحنابلة:

٨ ـ وأما الحنابلة فقد ذكروا في معنى مرض الموت أنه المرض المخوف الذي يكون سبباً صالحاً للموت، فيضاف إليه، ويجوز حدوثه عنده، وأقرب ما يقال فيه عندهم أنه: «ما يكثر حصول الموت منه»، وليس معنى ذلك أنه لا بد وأن يغلب على الظن الموت منه، أو يتساوى في الظن جانب البقاء والموت بسببه[٢٤].

وهذا الذي ذكره الحنابلة يقترب كثيراً مما ذكره المالكية، والشافعية فيما سبق.

٩ ـ وقد اشترط الحنابلة[٢٥] لتحقق مرض الموت شرطين:

الأول: أن يتصل به الموت: فلو شفي من مرضه الذي تصرف فيه، ثم مات بعد ذلك فتصرفه من قبيل تصرف السليم وليس المريض مرض الموت.

الثاني: أن يكون المرض مخوفاً: فلو كان غير مخوف كوجع العين، أو الضرس أو الصداع اليسير، فلا يعد هذا من قبيل مرض الموت.

١٠ ـ هذا وقد قسم الحنابلة[٢٦] الأمراض إلى أربعة أقسام:

الأول: الأمراض غير المخوفة: مثل وجع الضرس والعين، وحكم تصرفات صاحب هذا المرض حكم تصرفات الصحيح، لأنه لا يخاف منه عادة.

الثاني : الأمراض الممتدة ـ أي المزمنة ـ كالجذام، والسل في ابتداء الإصابة به، وحكم هذا القسم أن صاحبه إن لزم الفراش بسببه بحيث لا يستطيع الذهاب والمجيء فتصرفه كتصرف المريض مرض الموت، وإن لم يكن ملازماً للفراش فتصرفه كتصرف الصحيح.

الثالث : الأمراض التي يتحقق معها التعجيل بموت المريض : ويفرق في هذه الأمراض بين ما اذا كان قد ذهب معها عقله ـ كمن ذبح، أو لم يذهب معها عقله كمن اشتد به المرض دون أن يؤثر في عقله، ففي الحالة الأولى لا يترتب على كلامه أي أثر، وفي الحالة الثانية يخضع تصرفه لحكم تصرفات المريض مرض الموت.

الرابع : الأمراض المخوفة التي لا يتعجل معها موت صاحبها يقيناً، لكن يخاف من ذلك، كالرعاف الدائم، لأنه يصفي الدم فيذهب بالقوة، وتعطي هذه الأمراض حكم المرض المخوف.

هـ ـ عند الزيدية :

١١ ـ ويرى بعض الزيدية أن مرض الموت لا بد أن يكون مخوفاً، فإذا كان غير مخوف ومات المريض بسببه، فلا يعد مرض الموت، لأن العادة لم تجر بحدوث الموت منه، ويذهب البعض الآخر إلى اعتباره مرض الموت، لأن الموت لما اتصل به ظهر أنه مرض الموت، وهذا هو الأصح من الرأيين عندهم[٢٧].

و ـ عند الإمامية :

١٢ ـ أما الأمامية فقد عرفوا مرض الموت بأنه الذي : «لا يؤمن معه من الموت غالباً» فهو مرض مخوف، كالسل وقذف الدم، وما شابه ذلك.

ويفهم من هذا أن الأمراض التي تغلب فيها السلامة ـ كالصداع والرمد ـ أو التي تحتمل الأمرين على حد سواء ـ كالزحير فحكمها حكم الصحة[٢٨]. واستحسن بعض الإمامية تعريف مرض الموت : «بالمرض الذي يتفق به الموت سواء كان مخوفاً في العادة، أو لم يكن[٢٩].

مآخذ على بعض هذه التعريفات :

١٣ ـ ويمكن أن تناقش بعض التعريفات التي ذكرها الفقهاء، وعرضناها فيما سبق، على النحو التالي :

أولاً : يمكن أن يناقش ما ذهب إليه الحنفية من ربط مرض الموت بالإتيان بأعمال أو حركات معينة : بأن المريض قد يتكلف القيام بهذه الأعمال أو الحركات عندما يعلم أنه إن أتى بها اعتد بتصرفاته[٣٠].

ثانياً : ان تعريف الشافعية مرض الموت بأنه ما يستعد بسببه الإنسان للموت بالإقبال على الأعمال الصالحة غير مسلم، لأن ذلك يختلف باختلاف الأشخاص والأزمان، فقد

يستعد بعض الناس بالأعمال الصالحة في بعض الأمراض التي تنزل بهم ولا يستعد البعض الآخر لنفس هذه الأمراض.

ثالثاً: أن تعريف الشافعية وبعض الزيدية مرض الموت بأنه كل ما يتصل به الموت ولو كان مرضاً غير مخوف فيه نظر، فإن المرض إذا كان غير مخوف لا يصح أن يعتبر مرض الموت، لأن السبب في منع تصرف المريض هو المحافظة على حقوق الورثة والدائنين من التصرفات التي قد تكون ضارة بهم، وهذه التصرفات الضارة يمكن أن تصدر عن الانسان في مرضه المخوف لسوء حالته النفسية، دون المرض غير المخوف لاعتدال مزاجه النفسي.

ما نراه في تحديد مرض الموت:

١٤ ـ والذي نراه بعد استعراض التعريفات المختلفة التي ذكرها الفقهاء لمرض الموت أن هذا المرض يجب أن يتحقق فيه شرطان:

الأول: أن يقع الموت بسببه كثيراً.

الثاني: أن يتصل به الموت.

١٥ ـ فبالنسبة للشرط الأول يجب أن يحدث الموت كثيراً بسبب هذا المرض، ونعني بالكثرة هنا ما عناه فقهاء المذاهب الثلاثة ـ المالكية والشافعية والحنابلة ـ وهو أن يكون حدوث الموت بسببه ليس نادراً، بل يكون مما يؤدي ـ عادة ـ إلى الموت، وإن لم يؤد إلى الموت غالباً، وذلك على النحو الذي عرضناه في بيان آرائهم فيما سبق.

والذي يدعونا إلى اشتراط كون المرض سبباً غير نادر لحدوث الموت دون أن يكون سبباً غالباً للموت: أن الدافع إلى تقييد تصرفات المريض هو إن إحساسه بدنو أجله، قد يحمله على التصرف بما قد يضر الورثة أو الدائنين، وهذا الاحساس يوجد في الأمراض التي لا يندر الموت بسببها، كما يوجد في الأمراض التي يترتب عليها الموت غالباً، هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى، فقد أعطى جمهور[٣١] الفقهاء الحامل حال طلقها حكم المريض مرض الموت[٣٢]، مع أن حالات موتها عند الطلق أقل بكثير من حالات نجاتها، وما ذلك إلا لأن موتها بسبب الطلق لا يعد نادراً.

١٦ ـ وبالنسبة للشرط الثاني ـ وهو اتصال الموت بالمرض ـ فإنا نجد فقهاء المذاهب الأربعة[٣٣] يصرحون به، وعلى هذا فلو شفي من مرضه، ثم مات بعد ذلك، فإن تصرفاته أثناء مرضه يجرى عليها حكم تصرف الصحيح، لأنها فقدت أحد الشرطين اللذين يجب توفرهما في مرض الموت. ويعتبر الشخص مريضاً مرض الموت عندما يتصل الموت بالمرض سواء مات هذا الشخص بسبب المرض أم بسبب آخر، كما هو الحال لو كان مصاباً بالسرطان ولكنه مات نتيجة تعرضه لعيار ناري، وهذا ما عليه أكثر فقهاء الحنفية[٣٤]، وبه قال الشافعية[٣٥] والحنابلة[٣٦].

الفصـــل الثانـــي
الأمراض المشتبه في كونها أمراض موت

١٧ ـ إذا كان من السهل التمييز بين ما يدخل في دائرة مرض الموت وما لا يدخل فيه في كثير من الأحيان، فإنه قد يصعب التمييز بينهما في أحيان أخرى، فقد نجد أنفسنا أمام بعض الأمراض التي لا ندري ما إذا كانت مخوفة فتلحق بمرض الموت، أو غير مخوفة فلا تلحق به، ولهذا فان فقهاء الشريعة قد حسموا هذه المشكلة عندما نصوا على وجوب الرجوع في معرفة ذلك إلى أهل الخبرة والاختصاص، وهم الأطباء.

١٨ ـ وقد نص الشافعية[٣٧] في هذا الصدد على أن المرض لا يثبت الا بطبيبين توفرت فيهما شروط الشهادة، لأن ذلك يتعلق به حق الورثة والدائنين، وعلى هذا فلا يصح اثباته بأربع نسوة، ولا برجل وامرأتين، إلا إذا كان المرض علة باطنة بامرأة لا يطلع عليها الرجال غالباً، فيثبت بأربع نسوة أو رجل وامرأتين.

وذهب أغلب الحنابلة[٣٨] إلى ما ذهب اليه الشافعية من ضرورة كون الإثبات بطبيبين مسلمين ثقتين بالغين، ومقتضى قياس قول بعضهم أنه يقبل قول الطبيب الواحد إذا كان عدلاً، ولم يكن ثمة غيره للضرورة.

وذهب الزيدية[٣٩] إلى أنه يجوز أن يكون المثبت للمرض رجلين أو رجلاً وامرأتين.

١٩ ـ وإذا اختلف الأطباء رجح قول الأعلم منهم، فإن تساووا في العلم رجح قول الأكر عدداً، فإن تساووا في العدد رجح قول من يقول إنه مرض مخوف للاحتياط[٤٠].

الاختلاف في كون المرض مخوفاً:

٢٠ ـ قد يحدث اختلاف بين من تصرف المريض لصالحه من ناحية، وبين الورثة والغرماء من ناحية أخرى، في اعتبار المرض مخوفاً، فيقوم من تصرف المريض لصالحه بادعاء أن المرض ليس مخوفاً حتى يتمكن من تصحيح تصرف المريض، ويقوم الورثة والغرماء بادعاء أن المرض مخوف ليتسنى لهم اخضاع التصرف لحكم تصرفات المريض مرض الموت، والسؤال هو من الذي يقبل قوله منهما؟

يجيب الفقهاء[٤١] على هذا التساؤل بأن القول المقبول هنا هو قول من يدعي أن المرض غير مخوف، إذ الأصل في المرض أن يكون كذلك، وعلى مدعى خلاف هذا الأصل البينة.

الفصـــل الثالـــث
الحالات التي تلحق بمرض الموت

٢١ ـ علمنا مما سبق أن فقهاء الشريعة اعتبروا مرض الموت مؤثراً في تصرفات المريض، ولما كانت هناك حالات تجعل الصحيح في وضع لا يختلف عن المريض من حيث سوء حالته النفسية، فقد ألحق هؤلاء الفقهاء هذه الحالات بمرض الموت، وأعطوها حكمه، ومن هذه الحالات ما يلي:

أ) حالة من قدم لتنفيذ حكم القصاص أو الرجم فيه(٤٢).

ب) حالة التحام الجيشين، إذا كان أحدهما مكافئاً للآخر أو مغلوباً، فأما إذا كان غالباً فلا يكون في حالة خوف، وكذلك إذا لم يلتحم الجيشان، بل كان كل منهما متميزاً عن الآخر فلا يكون في حالة خوف، سواء كان بينهما رمي بالسهام أم لا(٤٣).

جـ ـ حالة من وقع أسيراً لدى قوم جرت عادتهم بقتلى الأسرى(٤٤).

د ـ حالة من ركب البحر أثناء اضطرابه، وهبوب ريح عاصف عليه، وخاف الغرق، أو تحطمت به السفينة وتعرض للهلاك(٤٥).

هـ ـ حالة من افترسه سبع وبقي في فمه(٤٦).

و ـ حالة من ظهر الطاعون في بلده، ولو لم يتعلق الطاعون ببدنه(٤٧).

ز ـ حالة الحامل التي أصابها الطلق، أو لم يصبها الطلق وأتم حملها ستة أشهر في رأي بعض الفقهاء(٤٨).

٢٢ ـ وواضح من تعليل الفقهاء الحاق هذه الحالات بمرض الموت في كتبهم أنهم يرون أن صاحبها ـ وإن كان صحيحاً ـ إلا أنه يخاف على نفسه الهلاك بسببها، فأشبه المريض، ومن ثم ألحقت هذه الحالات بمرض الموت(٤٩)، بل إننا وجدنا بعض هؤلاء الفقهاء يعرف المريض مرض الموت مجازاً بأنه «من غالب حاله الهلاك»(٥٠) ليشمل هذه الحالات وغيرها من الحالات الأخرى التي يكون فيها المرء معرضاً في الغالب للموت.

الفصـــل الرابـــع
مرض الموت في التقنينات الشرعية الحديثة

٢٣ ـ نصت المادة ١٥٩٥ من مجلة الأحكام العدلية ـ وهي تقنين للفقه الحنفي ـ على أن: «مرض الموت هو المرض الذي يعجز المريض عن رؤية مصالحه الخارجة عن داره إن كان من الذكور، ويعجز عن رؤية المصالح الداخلة في داره إن كان من الإناث، وفي هذا المرض خوف الموت في الأكثر، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة،

صاحب فراش كان أو لم يكن، وان امتد مرضه دائماً على حال ومضى عليه سنة يكون في حكم الصحيح، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح، ما لم يشتد مرضه، ويتغير حاله ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله، ومات بعد حاله اعتباراً من وقت التغير إلى الوفاء مرض موت[٥١].

وجاء في مرشد الحيران بعض الأحكام المتعلقة بالمريض مرض الموت، من ذلك ما جاء في المادة ٣٥٨: «بيع المريض في مرض موته لوارثه موقوف على اجازة بقية الورثة، ولو كان بثمن المثل، فان أجازوه جاز، وان لم يجيزوه بطل»، والمادة ٣٥٩: يجوز بيع المريض في مرض موته لغير وارثه بثمن المثل، أو بغبن يسير، ولا يعد الغبن اليسير محاباة عند عدم استغراق الدين»، والمادة ٣٦٠: إذا باع المريض في مرض موته لغيرالوارث بغبن فاحش نقصاً في الثمن فهو محاباة، تعتبر من ثلث ماله، فإن خرجت من ثلث ماله بعد الدين: بأن كان الثلث يفي بها لزم البيع، وإن كان الثلث لا يفي بها، بأن زادت عليه يخير المشتري بين أن يدفع للورثة الزائد، لاكمال ما نقص من الثلثين، أو يفسخ البيع».

الفصـــل الخامـــس
موقف القانون من تعريف مرض الموت

٢٤ ـ نص شراح القانون المدني المصري القديم والجديد على أنه يجب الرجوع في تحديد مرض الموت إلى الفقه الإسلامي، مفسراً بقضاء المحاكم، ومن ثم نقل هؤلاء الشراح الكثير من تعريفات فقهاء الشريعة لهذا المرض في كتبهم، لا سيما ما كان منها متعلقاً بالمذهب الحنفي[٥٢].

وقد استخلص الدكتور عبدالرزاق السنهوري[٥٣] من مجموع ما نقله من تعريفات الفقهاء الشرعيين ثلاثة شروط لمرض الموت:

الأول: أن يقعد المريض عن قضاء مصالحه العادية المألوفة التي يستطيع الأصحاء عادة مباشرتها، كالذهاب إلى ممارسة أعمال المهنة للرجال، وقضاء الحوائج المنزلية للإناث.

الثاني: أن يغلب في المرض خوف الموت: فإذا كان المرض من الأمراض الخطيرة التي تنتهي عادة بالموت، أو يكون المرض قد بدأ بسيطاً ثم تطور، بحيث أصبح يخشى على المريض من الموت فإن المرض يكون مرض الموت، أما إذا كان المرض لم يصل إلى هذا الحد من الخطورة كالرمد أو نزلة البرد الخفيفة فإن صاحبه يعتبر صحيحاً.

الثالث: أن ينتهي المرض فعلاً بالموت: فلو برىء المريض وكان قد تصرف في ماله أثناء المرض أخذ تصرفه حكم تصرف الصحيح، فلا يجوز الطعن فيه من الورثة.

٢٥ ـ هذا وقد أثار الدكتور عبدالرزاق السنهوري[٥٤] اثناء عرضه الشروط الثلاثة السابقة سؤالاً هو: هل يغني الشرط الثاني ـ وهو أن يغلب خوف الموت في المرض ـ عن الشرط الأول: وهو قعود المريض عن قضاء مصالحه؟

وأجاب عن هذا السؤال بقوله:

«هناك رأي يذهب إلى أنه يغني، فيكفي أن يغلب في المرض خوف الموت دون حاجة إلى قعود المريض عن قضاء مصالحه، وهناك رأي آخر يستبقى الشرطين معاً، ويجعل الأصل فيها هو أن يغلب في المرض خوف الموت، أما قعود المريض عن قضاء مصالحه فهذه هي العلاقة المادية التي تشعر المريض بأن المرض يتهدده بالموت».

وقد تمكن بعض شراح[٥٥] المجلة من التوفيق بين هذين الرأيين بأن المريض إن علم أن به مرضاً مهلكاً غالباً، وهو يزداد إلى الموت فهو المعتبر، وإن لم يعلم أنه مهلك كان المعتبر هو العجز عن الخروج إلى المصالح.

٢٦ ـ وبالنسبة للأمراض المزمنة كالسل والشلل لا تعد مرض موت إذا طالت مدة الإصابة بها وتوقف المرض عند حد لم يعد معه المريض يشعر بخطر داهم على حياته، أما إذا اشتد المرض، وساءت حالة المريض حتى أصبحت تنذر بدنو الأجل، ومات المريض فعلاً، كان هذا المرض مرض الموت من وقت اشتداد المرض[٥٦].

وهناك رأي في الفقه الإسلامي ـ أخذت به المجلة كما سبق بيانه ـ يقدر المدة التي يطول فيها المرض، ولا يخشى منه خطر عاجل بسنة، فإذا استمر المرض المزمن سنة دون أن يشتد فهو ليس مرض موت، وإذا اشتد بعد ذلك وانتهى بالموت فعلاً قبل انقضاء سنة من اشتداده فهو مرض موت، وبهذا الرأي أخذ القضاء المصري في أكثر أحكامه.

٢٧ ـ ويلحق بمرض الموت كل حالة يشعر معها الإنسان بدنو أجله حتى ولو كان صحيحاً، كالمنتظر تنفيذ حكم الإعدام، ومن كان في سفينة على وشك الغرق ولم تتوافر له وسائل الإنقاذ، ومن داهمه حريق لم يمكنه النجاة منه، ومن حوصر في الحرب وتيقين أنه مقتول[٥٧].

٢٨ ـ ويقع عبء إثبات مرض الموت على الورثة أو الدائنين، لأن الأصل عدمه، ويمكنهم اثباته بكافة طرق الإثبات كشهادة الشهود، والقرائن والشهادات الطبية، وأكثر هذه الطرق استعمالاً هي الشهادات الطبية[٥٨].

الباب الثاني
آراء الفقهاء في تأثير مرض الموت في التصرفات

٢٩ ـ اختلفت آراء الفقهاء في اعتبار مرض الموت مؤثراً في التصرف على رأيين:

الرأي الأول: وبه قال جمهور[٥٩] فقهاء الشريعة: أن مرض الموت مؤثر في صحة تصرفات المريض، وأن تصرفاته تختلف عن تصرفات الصحيح.

الرأي الثاني: وبه قال الظاهرية[٦٠] وآخرون[٦١]: أن مرض الموت لا يؤثر في صحة تصرفات المريض، وأن تصرفاته أياً كانت صحيحة كلها كتصرفات السليم[٦٢].

وقد استدل أصحاب كل رأي من هذين الرأيين بأدلة على ما ذهب إليه، وسوف نفرد لأدلة كل منهما فصلاً.

الفصل الأول
أدلة أصحاب الرأي الأول

٣٠ ـ استدل أصحاب الرأي الأول ـ وهم الجمهور ـ على ما ذهبوا إليه من أن تصرفات المريض مرض الموت تتأثر بالمرض بالسنة والأثر والمعقول.

أولاً: أدلتهم من السنة:

استدلوا من السنة بأحاديث ثلاثة:

الحديث الأول:

٣١ ـ ما روي عن أبي زيد[٦٣] الأنصاري: «أن رجلاً أعتق ستة أعبد عند موته ليس له مال غيرهم، فأقرع بينهم رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ. فأعتق اثنين وأرقّ أربعة[٦٤]».

فقد دل هذا الحديث على أن المريض مرض الموت لا يجوز له أن يتبرع بعتق ما يزيد عن ثلث تركته، فكذلك كل تصرف من التصرفات التي لا يأخذ المريض فيها مقابلاً لما أعطى كالوصية والوقف، لأنها في معنى العتق[٦٥].

٣٢ ـ ونوقش الاستدلال بهذا الحديث من جانب ابن حزم ـ أولاً ـ بأن الحديث لم يرد منه إلا العتق، وقياسهم سائر التصرفات التي لا يأخذ فيها المريض مقابلاً لما أعطى على العتق لا يصح، لأن القياس ذاته باطل[٦٧].

٣٣ ـ ودفعت هذه المناقشة: بأن الأدلة قد قامت في علم أصول الفقه على أن القياس حجة، وأنه يجب العمل به، فلا يصح إنكاره[٦٨] على أن القياس هنا أولوي لأن تصرف المريض بالعتق إذا كان قد قيد مع حث الشارع عليه وسرايته فمن باب أولى سائر التصرفات[٦٩].

٣٤ ـ ونوقش الاستدلال بهذا الحديث من قبل ابن حزم ـ ثانياً ـ بأن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ أقرع بين العبيد الستة فأعتق اثنين وأرق أربعة ليس لكون الرجل مريضاً مرض الموت، وإنما لأنه لم يبق عنده شيء أصلاً من المال بعد عتقه لعبيده الستة، فقد جاء في الحديث «ليس له مال غيرهم»، وهذا التصرف مردود سواء كان فاعله صحيحاً أم مريضاً، اذ لا يجوز التبرع بالعتق أو الصدقة أو الهبة إلا إذا كان المتبرع يتبرع بما زاد عن حاجته، فقد جاء في الحديث: «الصدقة عن ظهر غني»[٧٠]

٣٥ ـ ويمكن دفع هذه المناقشة: بأن الحديث وارد في بيان الأفضل والأكمل في الصدقة، وليس لبيان الجائز والمباح منها، بدليل قوله تعالى: ﴿ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة﴾[٧١]، وقول الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ: «خير الصدقة ما كان عند ظهر غني، وابدأ بمن تعول[٧٢]» فقد استعمل كلمة «خير» وهي تدل على التفضيل، أي أفضل الصدقة ما كان من غير محتاج إلى ما يتصدق به لنفسه، أو من تلزمه نفقته، وعلى هذا فالصدقة بالمال من المحتاج إليه ليست ممنوعة، ولكنها ـ فقط ـ مكروهة[٧٣].

الحديث الثاني:

٣٦ ـ واستدل الجمهور على تقييد تصرفات المريض مرض الموت من الحديث ـ ثانياً ـ بقوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ: «إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة لكم في حسناتكم، ليجعل لكم زكاة في أموالكم»[٧٤].

فهذا الحديث يفيد ـ بطريق المفهوم ـ أنه لا يجوز للانسان التصرف عند وفاته ـ أي في مرض موته ـ فيما زاد عن ثلث ماله بدون مقابل مماثل لأن الله ـ سبحانه ـ تصدق عليه بالثلث فقط[٧٥].

٣٧ ـ ونوقش الاستدلال بهذا الحديث: بأنه قد روي من عدة طرق بعضها مرسل، وبعضها فيه متهم بالكذب[٧٦]، وحديث كهذا لا يصح الاحتجاج به.

٣٨ ـ ودفعت هذه المناقشة: بأن بعض طرق هذا الحديث وصف إسنادها بالحسن[٧٧]، فهي إذن صالحة للاحتجاج بها، وحتى لو سلمنا بأن كل رواية من روايات هذا الحديث ضعيفة فإن مجموع رواياته يعضد بعضها بعضاً، وتجعله صالحاً للاحتجاج به، ثم إن هذا الحديث قد تلقته الأمة بالقبول، وعملت به، وأجمعت عليه[٧٨]، فماذا يقال بعد ذلك؟!

الحديث الثالث:

٣٩ ـ واستدل الجمهور من السنة ـ ثالثاً ـ بما رواه سعد[٧٩] بن أبي وقاص، قال: «مرضت عام الفتح مرضاً أشفيت[٨٠] منه على الموت، فأتاني رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ يعودني، فقلت: يا رسول الله ان لي مالاً كثيراً ولا يرثني إلا ابنتي، أفاوصي بمالي كله؟ قال: لا، قلت: فثلثي مالي؟ قال: لا، قلت: فالشطر؟ قال: لا، قلت: فالثلث؟ قال: الثلث والثلث كثير، إنك ان تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس، وانك لن تنفق نفقة إلا أجرت فيها حتى اللقمة ترفعها إلى في امرأتك[٨١].

فهذا الحديث يدل على أن المريض المشرف على الموت لا يجوز له أن يتبرع بأكثر من ثلث ماله، حفاظاً على حق ورثته، حيث لم يقبل النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ من سعد ـ رضي الله عنه ـ الوصية بأزيد من الثلث.

٤٠ ـ وقد نوقش الاستدلال بهذا الحديث بأنه وارد في الوصية خاصة، فلا ينسحب على غيرها من أوجه التبرعات، وحكم الوصية عدم جواز الزيادة فيها عن الثلث مطلقاً: سواء كان الموصى صحيحاً أم مريضاً[٨٢].

٤١ ـ ودفعت هذه المناقشة بأن الحديث قد وردت في بعض رواياته عبارة «أفأتصدق بثلثي مالي»[٨٣] بدلاً من عبارة «أفأوصي بثلثي مالي...» والتصدق أعم من الوصية، فهو يشملها ويشمل أوجه التبرعات الأخرى كالهبة والوقف، وكل تصرف بلا مقابل.

٤٢ ـ ويظهر مما سبق عرضه أن الأحاديث الثلاثة التي استدل بها الجمهور قد سلمت من المناقشات الواردة عليها، وأصبحت صالحة للاستدلال بها.

ثانياً: أدلتهم من الأثر:

٤٣ ـ واستدل الجمهور من الأثر على تقييد تصرفات المريض مرض الموت بما روي عن بعض الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ في ذلك.

فقد روي عن أبي بكر أنه قال لابنته أسماء[٨٤] في مرضه: «وانما هو اليوم مال الوارث» فدل هذا على أن حق الوارث يتعلق بمال المريض قبل وفاته.

وروي عن ابن مسعود[٨٥] انه قال لمن اعتق عبده في مرضه ولا مال له غيره: «عتق ثلثه»، فقد دل هذا أيضاً على أن تصرف المريض مقيد بثلث ماله. وروي مثل هذا عن علي ـ رضي الله عنه ـ[٨٦]. وهكذا يمكن القول بأن آثار الصحابة قد دلت على ما ذهب إليه أصحاب هذا الرأي.

ثالثاً: أدلتهم من المعقول:

٤٤ ـ واستدل جمهور الفقهاء على تقييد تصرفات المريض مرض الموت بالمعقول من وجهين:

الأول: القياس على الوصية، فان الوصية قيدت بالثلث مراعاة لحق الورثة فكذلك تصرفات المريض مرض الموت، لأن الظاهر من حاله الموت[٨٧].

الثاني: أن المريض عندما يشعر بقرب انتهاء حياته فإنه يحتمل احتمالاً قوياً أن يعمد إلى التبرع بأمواله بقصد الإضرار بورثته، ولما كان هذا القصد غير مشروع ـ لمنافاته لقصد الشارع من تقسيم المواريث ـ فإن المصلحة تقتضي تقييد تصرفاته بما لا يمكنه من تحقيق قصده غير المشروع.

٤٥ ـ وقد ناقش ابن حزم الوجه الأول بأن القياس كله باطل فلا يصح قياس المرض على الوصية[٨٨].

٤٦ ـ ودفعت هذه المناقشة: بأن الأدلة قد دلت على اعتبار القياس حجة ومصدراً للتشريع، كما هو معروف من علم أصول الفقه، وكما سبقت الإشارة إليه[٨٩].

٤٧ ـ وناقش ابن حزم الوجه الثاني أيضاً: بأن قصد الإضرار بالورثة كما يمكن أن يكون من المريض مرض الموت يمكن أن يكون من الصحيح، فلماذا لا تقيد تصرفات الصحيح كذلك[٩٠].

٤٨ ـ ودفعت هذه المناقشة: بأن ذلك قياس مع الفارق، فالمريض مرض الموت تسوء حالته النفسية، فلا يستطيع إحكام تصرفاته، وليس كذلك الصحيح، فإنه معافى لا يتوقع الموت، ولا يفكر فيه، ومن ثم تأتي تصرفاته على نحو لا يظن معه قصد الإضرار بالورثة، ولو أخذنا بتقييد تصرفات الصحيح لتعطلت كل أعمال الحياة[٩١].

الفصـــل الثانـــي
أدلة المذهب الثاني

٤٩ ـ واستدل الظاهرية ومن معهم على عدم جواز تقييد تصرفات المريض مرض الموت بالكتاب وبعض الآثار.

٥٠ ـ أما دليلهم من الكتاب فقوله تعالى: ﴿وأنفقوا مما رزقناكم من قبل أن يأتي أحدكم الموت، فيقول ربي لولا أخرتني إلى أجل قريب فأصدق وأكن من الصالحين، ولن يؤخر الله نفساً إذا جاء أجلها﴾[٩٢].

فهذه الآية قد دلت على جواز الصدقة من الإنسان ما لم ينتقل إلى جوار ربه، ولم تفرق الآية بين مريض وصحيح، فدل ذلك على جوازها وعدم تقيدها من الجميع على السواء[٩٣].

٥١ ـ ويمكن أن يناقش الاستدلال بهذه الآية بأنها محمولة على حالة الصحة دون المرض، فإذا كان الإنسان صحيحاً كان له أن يتصرف في ماله بما أراد في نطاق ما أحل الله، عملاً بالآية، أما إذا كان مريضاً مرض الموت فانه يجب تقييد تبرعاته بالثلث، عملاً بالأحاديث التي استدل بها الجمهور فيما سبق، فعلى هذا الآية عامة خصصت بهذه الأحاديث، ولا شك أن هذا المسلك أولى من مسلك الظاهرية، لأن فيه جمعاً بين النصوص، وأعمالاً لها جميعها.

٥٢ ـ وأما دليل الظاهرية من الأثر فما ورد عن محمد بن سيرين[٩٤] ان امرأة رأت فيما يرى النائم أنها تموت إلى ثلاثة أيام، فشذبت مالها ـ أي فرقته ـ وهي صحيحة، ثم ماتت في اليوم الثالث، فأمضى أبو موسى[٩٥] الأشعر فعلها[٩٦].

فهذا الأثر يدل على عدم جواز تقييد تصرفات المريض مرض الموت لأن أبا موسى قد أنفذ تبرع هذه المرأة في مالها كله، ولم ينقض من تبرعها ما زاد عن الثلث[٩٧].

٥٣ ـ ويمكن أن يناقش هذا الأثر بأن أبا موسى لم يعتبر هذه المرأة مريضة، بل اعتبرها صحيحة، والواقع أنها كانت كذلك[٩٨]، بدليل ما ورد في الأثر «وهي صحيحة»، وعلى فرض أنها كانت مريضة فهذا الأثر لا يقوى على معارضة الأحاديث التي استند إليها الجمهور، وعرضناها فيما سبق.

الرأي الراجح:

٥٤ ـ وبعد هذا العرض لأدلة الرأيين، نستطيع ترجيح الرأي الأول ـ وهو رأي الجمهور ـ القائل بوجوب تقييد تصرفات المريض مرض الموت بدون عوض، وعدم نفاذها لما رأيناها من سلامة وقوة في أدلة هذا الرأي. ولما لمسناه من وهن وضعف في أدلة الرأي الثاني. وقد لاحظنا أن المناقشات التي وردت على أدلة الرأي الأول باءت بالفشل، ودفعت بالردود القوية، ولم نجد مثل ذلك بالنسبة للمناقشات الواردة على أدلة المذهب الثاني. يضاف الى هذا أن الرأي القائل بتقييد تصرفات المريض مرض الموت من شأنه أن يحقق العدالة، ويسد الذريعة أمام من تسول له نفسه العبث بأحكام الإرث، عن طريق التبرع وحرمان الورثة كلهم أو بعضهم من التركة، ومن هنا قيل ـ بحق ـ: ان أحكام المريض أحكام قد استمدت فكرتها من أحكام الميراث، ووجوب حمايته، فقررها الفقهاء سداً للذريعة[٩٩].

البـــاب الثالـــث
سبب تقييد تصرفات المريض مرض الموت

٥٥ ـ لا يرجع السبب في تقييد تصرفات المريض مرض الموت إلى تأثير المرض في أهليته، لأن الأهلية بنوعيها ـ أهلية الوجوب وأهلية الأداء[١٠٠] ـ لا تتأثر بالمرض، اذ أن مناط ثبوت أهلية الوجوب هو الانسانية، ومناط ثبوت أهلية الأداء هو العقل والتمييز وهذه الأمور كلها متوفرة في المريض مرض الموت، فهو كامل الأهلية[١٠١].

وإنما يرجع السبب في تقييد تصرفات المريض مرض الموت إلى المحافظة على حقوق الدائنين والورثة من ميل المريض وجنوحه عن جادة الحق والصواب في تصرفاته، بسبب سوء حالته النفسية عندما يشعر باقترابه من الموت، ولهذا فان حقوق الدائنين بعد أن كانت تتعلق بذمة المدين في حال صحته، صارت تتعلق بما له في حال مرضه ـ بمقدار ديونهم ولو كانت مستغرقة للتركة ـ وذلك بسبب ضعف ذمته بالمرض، وعدم قدرتها على حمل الديون، كما أن حقوق الورثة صارت تتعلق بالقدر الزائد عن الثلث من مال المريض، بعد استخراج ما عليه من الديون[١٠٢]، أما الثلث فلا يتقيد تصرف المريض فيه بشيء، لقوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ: «ان الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم، زيادة في حسناتكم[١٠٣].

٥٦ ـ ويبدأ حق الدائنين والورثة في التعلق بأموال المريض من وقت بدء اصابته بمرض الموت، لأن علة الحجر عليه هو المرض المميت، وإذا اتصل الموت بالمرض صار المرض من أوله موصوفاً بالأمانة، وليس الجزء الأخير منه فقط، إذ الموت يحصل بترادف الآلام، وكل جزء من المرض موجب للألم، كالجراحات المتفرقة إذا سرت إلى الموت، فالموت يعزى اليها كلها، وليس إلى الأخيرة وحدها[١٠٤].

البـــاب الرابـــع
فيما يتعلق به حق الغرماء والورثة

٥٧ ـ انتهينا فيما تقدم إلى أن حق الغرماء وحق الورثة يتعلقان بمال المريض أثناء مرضه، لكن بأي شيء يتعلق على وجه التحديد؟ هل يتعلق بأموال التركة ـ أي بقيمتهما ـ أم بأعيانها؟

نفرق في الإجابة على هذا السؤال بين حق الغرماء وحق الورثة فأما حق الغرماذ فهو يتعلق بأموال التركة دون أعيانها، وعلى هذا فيجوز للمريض أن يبيع بعض أمواله بثمن المثل، سواء كان هذا البيع لأحد هؤلاء الغرماء أم لشخص آخر أجنبي، ولا يحق لأحد

من الدائنين الاعتراض على هذا التصرف، لأن حقهم تعلق بأموال التركة دون أعيانها، ومالية التركة لا تتأثر إذا كان البيع قد تم بثمن المثل، فما خرج من التركة قد دخل فيها ما يساويه في القيمة[١٠٥].

٥٨ ـ وأما حق الورثة فقد اختلف الفقهاء في متعلقة من لتركة فذهب الإمام أبو حنيفة إلى أنه يتعلق بمالية التركة ـ أي بقيمتها دون أعيانها ـ إذا كان قد تصرف المريض مع غير وارث، فلو باع بعض أمواله لغير وارث بثمن المثل لم يكن لأحد من الورثة حق الاعتراض عليه، أما اذا كان تصرفه مع الوارث فإن حق الورثة يتعلق بأعيان التركة، فلو باع المريض شيئاً منها ـ ولو بثمن المثل ـ كان من حق بقية الورثة الاعتراض على هذا التصرف، لما فيه من تفضيل المتصرف له على غيره من الورثة، وايثاره بشيء من التركة، إذ الايثار كما يكون بالعطاء بغير عوض، يكون أيضاً باختصاص واحد من الورثة بشيء من التركة، حتى ولو دفع ما يقابله، الأمر الذي يثير الحقد بين الورثة.

وذهب الصاحبان إلى أن حق الورثة يتعلق بمالية التركة مطلقاً، سواء كان تصرف المريض لأحد الورثة أم لأجنبي، فيجوز للمريض أن يبيع بعض أمواله لوارث أو غير وارث بثمن المثل، لأنه ليس في هذا التصرف اضرار بالورثة، فما خرج من التركة قد دخل فيها مثله، كما قلنا في حالة تعلق حق الغرماء بالتركة[١٠٦].

٥٩ ـ هذا، وقد أخذ القانون برأي الصاحبين في هذه المسألة، بدليل أنه اجاز الوصية لوارث في حدود ثلث التركة دون توقف على اجازة الورثة[١٠٧]، واجاز الوصية بتقسيم التركة بين الورثة، ومحاباة بعضهم في حدود الثلث[١٠٨]، واجازة هذا دليل على أن القانون يرى أن حق الورثة في تركة مورثهم متعلق بقيمتها المالية، لا بأعيانها ورقبتها[١٠٩]

الباب الخامس
تكييف تعلق حق الورثة بمال المريض

٦٠ ـ اختلف الفقهاء ـ اختلافاً نظرياً ـ في تكييف تعلق حق الورثة بأموال مورثهم من وقت نزول مرض الموت به، فذهب المتقدمون من الحنفية: إلى أن حق الورثة في أموال التركة هو حق ملكية، وذهب المتأخرون منهم إلى أنه مجرد حق في خلافة المريض، وأنه ثبت في وقت المرض ليصان ثلثا التركة للوارث، وهذا الحق يمنع المريض من التصرف في هذين الثلثين إلا بإجارة الورثة، وبعبارة أخرى: الملكية ثابتة للمريض، غير أنها مقيدة بحكم الشارع، فلا يملك الوارث التصرف فيها بما يضر الورثة[١١٠].

٦١ ـ وقد استند القائلون بأن تعلق حق الورثة بأموال المورث هو حق ملكية بدليلين:

الدليل الأول: قوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ: «ان الله تصدق عليكم بثلث أموالكم، عند وفاتكم، زيادة في حسناتكم[111]. فقد أخبر ـ صلى الله عليه وسلم ـ عن منة الله تعالى أنه استبقى لهم الملك في ثلث أموالهم، ليكون وسيلة إلى الزيادة في أعمالهم بالصرف في وجوه الخير، وهذا يدل على زوال ملكهم عن الثلثين، إذ لو لم يزل لم يكن ليمن عليهم بالثلث بل بالثلثين لأن الحكيم ـ في موضع بيان المنة ـ لا يترك أعلى المنتين ويذكر أدناهما، وإذا زال ملكه عن الثلثين يؤول إلى ورثته، لأنهم أقرب الناس إليه، فيرضى بالزوال إليهم، لرجوع معنى الملك إليه بالدعاء والصدقة وأنواع الخير[112].

ويمكن أن يناقش الاستدلال بهذا الحديث بأن تخصيص الثلث في الحديث بالذكر لا يدل على نفى الحكم عما عداه كما يذهب إلى ذلك الكثير من العلماء، ولو سلمنا أنه يدل على نفيه ـ كما يذهب إلى ذلك بعض العلماء ـ فإنه لا يلزم من نفي التصدق نفي الملكية، ولكن قصارى ما يدل عليه هو: ان ما زاد على الثلث لا يجوز للمريض التصرف فيه لتعلق حق الدائنين والورثة به، وإذا كان الدائنون الذين استغرقت ديونهم التركة لا يعتبرون ملاكاً، فكذلك الورثة أثناء مرض المورث[113].

الدليل الثاني: أن المريض لو كان مالكاً للثلثين لجاز له التبرع بما زاد عن الثلث دون حاجة إلى اجازة الورثة، لكن الفقهاء قد اتفقوا على أن ذلك لا يجوز له، فهذا دليل على زوال ملكه عما زاد عن الثلث، وإذا كان قد زال هذا القدر عن ملكه فإنه ينتقل إلى ورثته، باعتبارهم أقرب الناس إليه[114].

٦٢ ـ واستند أصحاب الرأي الثاني فيما ذهبوا إليه من أن تعلق حق الورثة بأموال مورثهم المريض هو مجرد حق في خلافته، وليس حق ملكية بدليلين أيضاً:

الأول: أن حق الوارث لو كان حق ملكية لجاز للوارث نقض تبرع المريض أثناء حياته، ولكن ذلك لا يجوز له بالإجماع، فدل هذا على أنه ليس حق ملكية، بل مجرد خلافة.

الثاني: أن حق الوارث أثناء مرض الموت لو كان حق ملكية لما ورث كل من قام به مانع من موانع الإرث أثناء المرض ثم زال بعد ذلك قبل الموت، كما هو الحال لو كان أثناء المرض كافراً ثم أسلم قبل الموت مباشرة، مع أن الفقهاء اتفقوا على أنه يرث، فلو كانت الملكية ثابتة للورثة من بداية مرض الموت لما ورث هذا، لأن ملكية المورث قد زالت عن الشيء الموروث، وانتقلت الى بقية الورثة[115].

الرأي الراجح:

٦٣ ـ وواضح من الأدلة التي عرضناها للرأيين أن الرأي الثاني هو الأقوى، لأن أدلته لم تناقش. ومن ناحية ثانية فان حق الورثة في مال المريض لو كان حق ملكية لجاز لهم ـ بناء على هذا الحق ـ التصرف في هذا المال، ولكن لا يجوز لهم ذلك، فلا

ملكية لهم، ولا يصح القول بأن لهم ملكية وللمورث ملكية لأنه لم يعهد شرعاً أن يكون الشيء الواحد مملوكاً لشخصين في وقت واحد(١١٦).

وعلى أي حال فهذا الخلاف ـ كما أشرنا في البداية ـ خلاف نظري، ليست له في الواقع نتائج عملية، إذ أن كلا الرأيين يهدف إلى صيانة حق الورثة في التركة، ولا يخفى أنه يكفي لتحقيق هذا الهدف الاقتصار على كونه حق خلافة فقط.

الباب السادس
مدى تأثر تصرفات المريض بالمرض

٦٤ ـ ان تصرفات المريض مرض الموت ليست كلها على درجة واحدة من التأثر بالمرض، بل انها تختلف باختلاف الأحوال، ونستطيع أن نجمل هذه الأحوال في أربعة:

١ ـ أن يكون له غرماء فقط.
٢ ـ أن يكون له ورثة فقط.
٣ ـ أن يكون له غرماء وورثة معاً.
٤ ـ ألا يكون له غرماء ولا ورثة.

الحالة الأولى:

٦٥ ـ إذا كان للمريض غرماء فقط: تتأثر تصرفاته بمقدار هذه الديون، فإذا كانت التركة غير مستغرقة بالديون كان من حق الدائنين ابطال ما يقابل ديونهم من التصرفات دون ما زاد على ذلك، وإذا كانت التركة مستغرقة بالديون كان من حق الدائنين ابطال كل تصرفات المريض، وسواء في هذا أكان التصرف لأجنبي أم لوارث.

الحالة الثانية:

٦٦ ـ وفي الحالة الثانية: وهي التي يكون فيها للمريض ورثة فقط ـ تجب التفرقة بين فرضين:

الفرض الأول: أن يكون التصرف لوارث... وفي هذا الفرض تتأثر تصرفات المريض كلها، أي سواء كان التصرف بجزء صغير من المال أم بجزء كبير.

الفرض الثاني: أن يكون التصرف لأجنبي... وتاثير المرض في هذا الفرض يقتصر على ما زاد عن الثلث، فيجوز للمريض الذي لم يتعلق بماله حق للغرماء وكان له ورثة أن يوصي لأجنبي بثلث ماله، لا بما زاد عن الثلث.

الحالة الثالثة:

٦٧ ـ وفي الحالة الثالثة ـ وهي التي يكون للمريض فيها غرماء وورثة معاً ـ تتأثر تصرفات المريض ـ أولاً ـ بمقدار الدين سواء كان التصرف لوارث أم لأجنبي، ثم تتأثر ـ ثانياً ـ بحق الورثة في الباقي، فلا تنفذ تصرفاته فيما زاد عن ثلث التركة بعد سداد الديون إلا باجازة الورثة إذا كان التصرف لأجنبي، أما إذا كان التصرف لوارث فتتأثر تصرفات المريض بأي جزء من المال ولو قل عن الثلث[١١٧].

الحالة الرابعة:

٦٨ ـ أما في الحالة الرابعة: وهي التي لا يكون للمريض فيها غرماء ولا ورثة ـ فان تبرعه بثلث ماله يكون صحيحاً، لأنه إذا صح منه ذلك عندما يكون له وارث فيصح منه عندما لا يكون له وارث من باب أولى.

٦٩ ـ لكن يثور هنا التساؤل عن تبرع المريض الذي لا دين عليه ولا وارث له بما زاد عن ثلث ماله، هل يجوز لأن المنع من التبرع بما زاد عن الثلث انما هو للحفاظ على حق الدائنين والوارث، وهنا لا دائن ولا وارث، أم أن ذلك لا يجوز؟ اختلف الفقهاء في ذلك: فذهب الحنفية[١١٨] والحنابلة[١١٩] في الرواية المعتمدة وآخرون[١٢٠] الى جواز ذلك، وذهب مالك[١٢١] والشافعية[١٢٢]، وأحمد[١٢٣] في الرواية الثانية وغيرهم[١٢٤] إلى عدم جوازه.

٧٠ ـ وقد استدل المجيزون على ما ذهبوا إليه بالكتاب والسنة والأثر، أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿والذين عاقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم﴾[١٢٥]، وقوله سبحانه: ﴿وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله﴾[١٢٦].

وجه الدلالة: أن الآية الأولى أثبتت الإرث بطريق الحلف وهذا كان في صدر الإسلام، ثم نزلت الآية الثانية فبينت أن التوارث بين ذوي الأرحام أولى من التوارث بالحلف، ومعنى هذا أن الارث بطريق الحلف لم يبطل أصلاً، بل جعل ذوو الأنساب أولى منهم، كما جعل الابن أولى من الأخ، فإذا لم يوجد احد من ذوي الأنساب جاز أن يجعل ماله كله على أصل ما كان عليه حكم التوارث لحلف[١٢٧].

واستدلوا من الكتاب أيضاً بقوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين﴾[١٢٨]، فإن الآية قد أوضحت أن سهام الورثة لا يستحقها أصحابها إلا بعد تنفيذ الوصية وسداد الديون، وكلمة الوصية في الآية مطلقة لم تقيد بالثلث، مما يدل على جوازها بجميع المال، لولا قيام الإجماع والسنة على منع ذلك، ووجوب الاقتصار على الثلث، مراعاة لحق الورثة، فإذا لم يوجد من وجب به تخصيص الوصية في بعض المال وجب استعمال اللفظ على ظاهره الدال على جواز الوصية بجميع المال، فتجوز الوصية بجميع المال عند عدم وجود وارث[١٢٩].

٧١ ـ وأما أدلتهم من السنة على جواز التبرع بكل المال عند عدم وجود وارث فما روي من أن سعد بن أبي وقاص مرض، فعاده النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ فقال له سعد: أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال: لا، قال: فبالشطر؟ ـ أي النصف ـ قال: لا، قال: فالثلث؟ قال: الثلث والثلث كثير، انك ان تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس، وانك لن تنفق نفقة تبتغي بها وجه الله إلا أجرت بها، حتى ما تجعل في في امرأتك»[١٣٠].

فهذا الحديث قد أفاد أن منع المريض من التصرف فيما زاد عن الثلث سببه صيانة حق الورثة، فإذا لم يكن هناك وارث فلا مانع من أن يتصرف في جميع ماله[١٣١].

واستدل أصحاب هذا الرأي من السنة ـ كذلك ـ بما رواه ابن عمر قال: قال رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ: «ما حق امرىء مسلم له شيء يريد أن يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده»[١٣٢]. وجه الدلالة: ان الحديث لم يفرق بين الوصية ببعض المال أو بجميعه ويقتضي ظاهرة جواز الوصية بجميع المال، وقد قامت الدلالة على وجوب الاقتصار على بعضه إذا كان له وارث، فإذا لم يكن له وارث فان مقتضى ظاهرة جواز الوصية بجميع المال[١٣٣].

٧٢ ـ وأما دليل أصحاب هذا الرأي من الأثر، فما روي عن ابن مسعود ـ رضي الله عنه ـ أنه قال: ليس من حي من العرب أحرى أن يموت الرجل منهم، ولا يعرف له وارث منكم معشر همدان، فإذا كان ذلك فليضع ماله حيث أحب.

ويعلق العلامة الجصاصي بعد ايراده هذا الأثر عن ابن مسعود، بقوله: «ولا يعلم له ـ أي لابن مسعود ـ مخالف من الصحابة»[١٣٤].

٧٣ ـ واستدل أصحاب المذهب الثاني على عدم جواز تبرع المريض الذي لا دين عليه، ولا وارث له، بما زاد عن الثلث، بأن له من يعقل عنه، فليس له أن يوصي بأكثر من الثلث، شأنه في ذلك شأن من ترك وارثاً، سواء بسواء[١٣٥].

٧٤ ـ والراجح من الرأيين هو الأول، لاعتماده على النصوص المتعددة من القرآن والسنة بالاضافة الى الأثر المروري عن ابن مسعود كما تقدم.

ولا نجد مثل هذا بالنسبة للمذهب الثاني بل نجده قد اعتمد فقط على دليل عقلي وهو فضلاً عن أنه لا يقوى على مقاومة الأدلة النقلية بحال فإنه يمكن مناقشته بأن المنع من التبرع بما زاد عن الثلث انما كان للمحافظة على حق الورثة، بدليل قوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ لسعد بن أبي وقاص: «إنك ان تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس»[١٣٦]، وليس له ههنا وارث يتعلق له حق بما له، فتبرعه حينئذ يشبه تبرع السليم حال صحته، أي أنه تبرع جائز فيما زاد عن الثلث[١٣٧].

وإلى هنا، ينتهي ـ بحمد الله ـ ما أردنا ايداعه في هذا البحث، ونرجو أن نوفق ـ إن شاء الله ـ مستقبلاً إلى تفصيل الحديث عن تأثير مرض الموت في عقود المعاوضات والتبرعات، وسائر التصرفات، وأن يتم نشر ذلك على صفحات هذه المجلة، والله الموفق والمستعان، ربنا عليك توكلنا وإليك أنبنا وإليك المصير، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

الهوامش :

(١) ومن أمثلة هذه التصرفات منع المدين الراهن من بيع أو هبة العين المرهونة، حماية لحق الدائن المرتهن في استيفاء دينه. ومن أمثلتها أيضاً منع المدين الذي استغرقت الديون أمواله من التصرف في هذه الأموال، حفاظاً على حق الدائنين... وهكذا.

(٢) جاء في النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية للأستاذ صبحي محمصاني جـ ٢ ص ١٣٧ ما نصه:

«وختاماً إذا قارنا بين هذا المذهب الإسلامي وبين القوانين الأوربية وجدنا أن هذه القوانين ـ وإن كانت قد نظرت إلى مصلحة الغرماء والورثة، وحمت مصالحهم من أوجه عديدة ـ إلا أنها لم تعتبر مرض الموت ـ بحد ذاته ـ سبباً من أسباب الحجر، ولا مبرراً لتقييد أهلية التعاقد».

(٣) راجع: هامش الفقرة ٢٤ من هذا البحث.

(٤) النور: ٦١.

(٥) البقرة: ١٠.

(٦) معجم مقاييس اللغة لابن فارس جـ ٥ ص ٣١١، المفردات في غريب القرآن للراغب الأصفهاني، المصباح المنير والمعجم الوسيط (مادة: مرض).

(٧) العنكبوت: ٦٤.

(٨) مريم: ٣٣.

(٩) النمل: ٨٠.

(١٠) الزمر: ٤٢.

(١١) النهاية في غريب الحديث (مادة: موت)، وقد أرجع ابن فارس في معجم مقاييس اللغة (جـ ٥ ص ٢٨٣) المعاني المختلفة لكلمة الموت إلى أصل واحد، فقال: «الميم والواو والتاء أصل صحيح يدل على ذهاب القوة من الشيء».

(١٢) جاء في مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٥: «ولم يعرف المصنف المرض المخوف استغناء بذكر أمثلة منه ذكرها».

وجاء في نهاية المحتاج جـ ٦ ص ٦٠ بعد أن أورد بعد تعريفاته: «وترك المصنف حده لهذا الاختلاف».

(١٣) كلمة «غالباً» متعلقة بالخوف، فمرض الموت هو ما يخاف منه الهلاك وان لم يكن الهلاك غالباً في الواقع... انظر: فتح القدير جـ ٣ ص ١٥٥، البحر الرائق جـ ٤ ص ٥٠.

(١٤) تبيين الحقائق جـ ٢ ص ٢٤٨، فتح القدير، جـ ٣ ص ١٥٥.

(١٥) مرآة المجلة جـ ٢ ص ٣٥٠.

(١٦) السل: مرض ينتحل البدن معه، فكأن الروح تنسل معه قليلاً قليلاً كما تنسل العافية.

(١٧) القولنج ـ بضم القاف واسكان الواو وفتح اللام أو ضمها ـ هو: مرض معد مؤلم، يعسر معه خروج الغائط والريح... انظر شرح الخرشي جـ ٤ ص ٢١٤ ـ ٢١٥ بتصرف.

(١٨) شرح الخرشي: الموضع السابق، وجاء في الشرح الصغير بتحقيق الدكتور مصطفى وصفي جـ ٣ ص ٣٩٩.

«وحجر على مريض ـ ذكراً كان أو أنثى سفيهاً أو رشيداً ـ إذا مرض مرضاً ينشأ الموت عنه عادة، وان لم يغلب الموت عنه».

وعلق الصاوي على عبارة (وان لم يغلب الموت عنه) بقوله: «بل المدار على أن يكون الموت شهيراً لا عجب فيه».

ويقول العلامة الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير جـ ٣ ص ٣٠٦: «والحاصل أن المدار على كثرة الموت من ذلك المرض، بحيث يكون الموت منه شهيراً لا يتعجب منه، ولا يلزم من كثرة الموت منه غلبة الموت به، فيقال في الشيء أنه كثير إذا كان وجوده مساوياً لعدمه، والغلبة أخص من ذلك».

(١٩) وبناء على هذا التعريف يدخل في مرض الموت المرض الذي لا يؤدي إلى الموت عادة، كوجع الضرس إذا اتصل به الموت، ويخرج عن مرض الموت المرض الذي نظنه مخوفاً إذا مات المريض بسبب آخر غير هذا المرض، كما لو مات بحز رقبته» راجع: حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج جـ ٦ ص ٦٠.

(٢٠) نهاية المحتاج للرملي وحاشية الشبراملسي جـ ٦ ص ٦٠ حواشي التحفة جـ ٧ ص ٣١.

(٢١) انظر صدر هذا الموضوع هامش فقرة ٤.

(٢٢) البرسام: ورم في حجاب القلب أو الكبد، يصعد أثره إلى الدماغ. نهاية المحتاج جـ ٦ ص ٦٠ ـ ٦١.

(٢٣) راجع هامش الفقرة ٦، وانظر: مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٥٠.

(٢٤) كشاف القناع جـ ٤ ص ٣٥٧ ـ ٣٥٨.

(٢٥) المغني جـ ٦ ص ٨٤.

(٢٦) المرجع السابق جـ ٦ ص ٨٤ ـ ٨٥ بتصرف، كشاف القناع جـ ٤ ص ٣٥٧.

(٢٧) البحر الزخار جـ ٥ ص ٣١٥.

(٢٨) شرائع الإسلام في الفقه الجعفري جـ ١ ص ٢٦٧.

(٢٩) المرجع السابق: نفس الموضع.

(٣٠) يقول ابن الهمام في فتح القدير جـ ٣ ص ١٥٥ تعقيباً على رأي من قال من الحنفية: ان المريض مرض الموت هو من لا يقدر أن يقوم بنفسه، أو من لا يستطيع أن يخطو ثلاث خطوات دون أن يتهادى بين اثنين ـ يقول تعقيباً على ذلك: «وضعف بأن المريض جداً لا يعجز أن يتكلف لهذا القدر».

(٣١) الشرح الصغير جـ ٣ ص ٤٠٠، نهاية المحتاج جـ ٦ ص ٦٣، المغني لابن قدامة جـ ٦ ص ٨٦. تبيين الحقائق جـ ٢ ص ٣٤٨ ـ ٢٤٩.

(٣٢) بل أثبت المالكية والحنابلة هذا الحكم للحامل التي صار لها ستة أشهر... المراجع السابقة.

(٣٣) جاء في متن الكنز: «ومن بارزرجلا أو قدم ليقتل به، أو رجم، فأباتها، ورثت ان مات في ذلك الوجه...». راجع الزيلعي جـ ٢ ص ٢٤٨، شرح المنار ص ٩٦٣، التوضيح جـ ٣ ص ١٨٤.

وجاء في الشرح الصغير جـ ٣ ص ٤٠٣ : «فان مات» المريض الذي وقف تبرعه غير المأمون «فمن الثلث» مما وجد يوم التنفيذ قل أو كثر»، والا «يمت بأن صح مضى الجميع» أي جميع ما تبرع به.

وجاء في تحفة المحتاج جـ ٧ ص ٣٠ : «وفائدة الحكم في هذا بأنه ان اتصل به الموت مخوف، والا فلا أنه اذا حزّ عنقه أو سقط من عال مثلاً كان من رأس المال، بخلاف المخوف فإنه يكون من الثلث».

وانظر المغني لابن قدامه جـ ٦ ص ٨٤ فقد جاء فيه :

«يعتبر في المريض الذي هذه أحكامه شرطان : أحدهما : أن يتصل بمرضه الموت ولو صح في مرضه الذي أعطي فيه، ثم مات بعد ذلك، فحكم عطيته حكم عطية الصحيح، لأنه ليس بمرض الموت ...».

(٣٤) جاء في تبيين الحقائق جـ ٢ ص ٢٤٨ :

« ... لا فرق بين ما إذا مات بذلك السبب أو بسبب آخر، كالمريض اذا قتل، وفيه خلاف عيسى بن أبان، هو يقول: ان مرض الموت ما يكون سبباً للموت، ولما مات بسبب آخر علمنا أن مرضه لم يكن مرض الموت.

قلنا : الموت اتصل بمرضه حيث لم يصح حتى مات، وقد يكون للموت سببان فلم يتبين أن مرضه لم يكن مرض الموت».

وانظر : شرحي الهداية والعناية مع فتح القدير جـ ٣ ص ١٥٥.

(٣٥) انظر مغنى المحتاج فقد جاء فيه جـ ٣ ص ٥٠:

« ... أجيب بأنه قتل أو غرق مثلاً في هذا المرض ان حكمنا بأنه مخوف لم ينفذ كما مر، والا نفذ».

(٣٦) جاء في كشاف القناع جـ ٤ ص ٥٣٤ : «فان لم يمت المطلق من المرض المخوف، ولم يصح منه بل لسع بشيء من القواتل، أو أكله سبع، فكذلك، أي ورثته، ما لم تتزوج أو ترتد، نظراً إلى قصد الفرار».

(٣٧) شرح المنهج للشيخ زكريا الأنصاري وحاشية الجمل عليه جـ ٤ ص ٥٣ مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٥٠.

(٣٨) المغنى جـ ٦ ص ٨٥.

(٣٩) البحر الزخار جـ ٥ ص ٣١٧.

(٤٠) تحفة المحتاج جـ ٧ ص ٣١.

(٤١) انظر للشافعية : حاشية الجمل على شرح المنهج جـ ٤ ص ٥٣، وللحنابلة : كشاف القناع جـ ٤ ص ٣٦١.

(٤٢) البحر الرائق جـ ٤ ص ٥١، شرح الخرشي على مختصر خليل جـ ٤ ص ٢٥١، الوجيز للغزالي جـ ١ ص ٢٧٢، المغني لابن قدامة جـ ٦ ص ٨٧. ويؤخذ من المهذب للشيرازي جـ ١ ص ٤٥٤ أن للشافعية قولين فيمن قدم للقتل في المحاربة والرجم في الزنى، أحدهما أنه كالمرض المخوف لأنه لا يأمن الموت، والثاني: أنه كالصحيح لأنه لم يحدث في جسمه ما يخالف منه الموت.

(٤٣) حاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٥٣٥، شرح الخرشي جـ ٤ ص ٢١٥، المهذب جـ ١ ص ٤٥٤، الوجيز للغزالي جـ ١ ص ٢٧٢، المغني جـ ٦ ص ٨٧، وفي هذه الحالة قولان عند الشافعية كالقولين اللذين ذكرناهما في هامش الحالة السابقة.

(٤٤) الغرر البهية شرح البهجة الوردية للشيخ زكريا الأنصاري جـ ٤ ص ١٥، المغني جـ ٦ ص ٨٨.

(٤٥) حاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٥٣٥، البحر الرائق جـ ٤٠ ص ٥٠ ـ ٥١، المهذب جـ ١ ص ٤٥٤، المغني جـ ٦ ص ٨٨.

ويؤخذ من شرح الخرشي وحاشية العدوى عليه جـ ٤ ص ٢١٥، أن الخوف من الهلاك في هذه الحالة لا يعطى للخائف حكم المريض مرض الموت إلا إذا كان لا يحسن السباحة.

ويؤخذ من مراجع الشافعية أن لهم قولين في هذه الحالة كالقولين اللذين ذكرناهما في هامش الحالة الثانية.

(٤٦) البحر الرائق جـ ٤ ص ٥١، بدر المنتقى ومجمع الأنهر جـ ١ ص ٤٠٨.

(٤٧) الوجيز جـ ١ ص ٢٧٢، شرح البهجة للشيخ زكريا جـ ٤ ص ١٦، المغني جـ ٦ ص ٨٨.

(٤٨) راجع في ذلك المراجع التي أشرنا إليها في هامش الفقرة ١١ من هذا البحث.

(٤٩) جاء في حاشية الشلبي علي الزيلعي جـ ٢ ص ٢٤٨ تعقيباً على هذه الحالات.

«إنما أطلق عليه مرضاً ـ وان لم يكن به مرض ـ لأن هذه الأشياء... نزلت منزلة المرض يعنون به كل سبب يكون الهلاك فيه غالباً».

(٥٠) انظر حاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٥٣٣ حيث جاء فيها:

«... الأصل في هذا الباب المريض، وغيره ممن كان في حكمه ملحق به، وقيل المراد بالمريض: من غالب حالة الهلاك مجازاً، فيشمل غيره».

(٥١) انظر في شرح هذه المادة: مرآة المجلة جـ ٢ ص ٣٥٠ ـ ٣٥١.

(٥٢) انظر: بحث تصرفات المريض مرض الموت ـ للدكتور محمد كامل مرسي ص ٢٨٣ بند ٧، الوسيط جـ ٤ ص ٣١٣ بند ١٧٥.

ومن القوانين العربية التي تشارك القانون المدني المصري الأخذ بتأثير مرض الموت في التصرفات: التقنين المدني السوري (م ٤٤٥ ـ ٤٤٦) والتقنين المدني الليبي (م ٤٦٦ ـ ٤٤٧) والتقنين المدني العراقي (م ١١٠٩/١)... راجع: الوسيط جـ ٤ ص ٣١١ ـ ٣١٢ وهذه المواد تقابل المواد ٤٧٧ ـ ٤٧٨ من التقنين المدني المصري الجديد، والمواد ٢٥٤ ـ ٢٥٦ مكررة ٣٢٠ ـ ٣٢٣ من التقنين المدني السابق.

(٥٣) الوسيط: جـ ٤ ص ٣١٤ وما بعدها.

(٥٤) المرجع السابق: جـ ٤ ص ٣١٦ ـ ٣١٧.

(٥٥) الأستاذ سليم الباز في شرح المجلة ص ٨٨٧ ـ ٨٨٨ مشار إليه في هامش الوسيط للسنهوري جـ ٤ ص ٣١٧.

(٥٦) قضت محكمة مصر الوطنية بأنه لا يعتبر مرض موت تصلب الشرايين واصابة القلب والكلى، فهي من الأمراض المزمنة التي لا يصح اعتبارها في الأصل مرض موت لبطء سيرها، وعدم احساس المريض بخطورتها، ولكن اذا اشتدت فجأة وشعر المريض بتفاقم خطورتها اعتبرت مرض موت (٢٩ مايو ١٩٢٧ المحاماة ٩ رقم ٥٣٩ ص ٩٩٦).

وقضت محكمة الاسكندرية بأن السل ـ وان كان من الأمراض التي تطول مدتها ـ إذا دخل في دور جديد، واشتدت وطأته، يجعل تصرفات المريض في ذلك الوقت قابلة للبطلان (١٣ ابريل سنة ١٩١٢ الحقوق ٣٣ ص ٥٩).

وقضت محكمة مصر بأنه لا يعتبر مرض موت احتباس البول وتضخم البروستاتا ما لم يثبت ان هذا المرض المزمن قد تزايد فجأة وانتهى بالموت (٤ مايو ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٧٤ ص ١٥٥).

وقضت المحكمة الشرعية العليا بأن مرض السرطان كمرض السل، لا يلزم في اعتباره مرض موت أن يقعد صاحبه عن قضاء حوائجه، بل المعتبر في كونه مرض موت أن يخاف منه الهلاك، وألا يطول سنة فأكثر مع استمراره بحالة واحدة (المحكمة الشرعية العليا ٧ مايو ١٩٣٥ المحاماة الشرعية ٦ رقم ١٤٧ ص ٥٦٠).

وقضت محكمة مصر بأن الإصابة بمرض السكر اصابة غير خطيرة لا تعتبر مرض موت (١٢ يناير ١٩١٦ الشرائع رقم ١٠٧ ص ٣٦٢).

وقضت أيضاً بأن مرض الموت يجب أن يكون هو المرض الذي أحدث الوفاة، أو هو المرض الذي يرتبط وثيقاً بالمرض المباشر الذي أحدثها بحيث تصعب التفرقة بينهما، ويجب أن يكون المرض مستمراً وحالة المريض تسوء تدريجياً دون أن يتخللها فترات تحسين واضحة، فاذا كان مثل هذه الفترات اعتبر بدء المريض متفقاً مع تاريخ بدء الانتكاس الأخير (٧ مايو ١٩٣٢ المحاماة ١٤ رقم ١١ ص ١٧. وقضت محكمة الاستئناف بأن مرض الموت هو المرض الذي يفاجىء الانسان في صحته وينتهي بالموت، بحيث يشعر المصاب بقرب انتهاء أجله، وليست الشيخوخة من أمراض الموت (استئناف ٢٣ فبراير ١٩٠٥ (الاستقلال ٤ ص ٤٤٨ مجموعة ناصر ٢٧١٠) راجع في هذه الأحكام وفي أحكام أخرى مشابهة: بحث الدكتور محمد كامل مرسي ص ٢٨١ ـ ٢٩٠، الوسيط هامش ص ٣١٨ ـ ٣١٩.

(٥٧) الوسيط جـ ٤ ص ٣٢٠ ـ ٣٢١، تصرفات المريض مرض الموت للدكتور محمد كامل مرسي ص ٣٧٨.

(٥٨) الوسيط جـ ٤ ص ٣٢١ ـ ٣٢٢، تصرفات المريض مرض الموت للدكتور مرسي ص ٢٩٢ ـ ٢٩٣.

(٥٩) انظر المراجع التي أشرنا إليها في تعريف مرض الموت شرعاً، فإنك تجد أن ممن يقول بذلك فقهاء المذاهب الأربعة والشيعة الزيدية والشيعة الأمامية، فجميع هؤلات متفقون على المبدأ وان اختلفوا فيما بينهم في مدى التقيد في تصرافت المريض مرض الموت، فاختلافهم في الفروع وليس في الأصل المقرر، ولعل من أشدهم تقييداً للتصرفات وجعل كثير منها تبرعات الإمام أبا حنيفة، والباقون يقاربونه لاتفاقهم معه في الأصل... انظر: ابن حزم حياته وعصره آراؤه وفقهه للمرحوم الشيخ محمد أبي زهرة ص ٤٦٤ (ط ثانية مطبعة مخيمر).

(٦٠) المحلي لابن حزم جـ ٨ ص ٣٤٣ المسألة ١٣٩٥.

(٦١) حكى ابن حزم هذا الرأي عن مسروق والشعبي والنخعي وعمر بن عبدالعزيز وغيرهم... انظر: المحلي جـ ٨ ص ٣٤٣، ٣٥٤، ٣٥٥.

(٦٢) لم يستثن الظاهرية من ذلك الا العتق، فإنهم قالوا: عتق المريض لا ينفذ إلا من الثلث، سواء أفاق من مرضه أم مات منه... راجع المحلي: الموضع السابق.

(٦٣) هو أبو زيد الأنصاري الخزرجي، له صحبة، وهو جد أبي زيد النحوي البصري، انظر: الاستيعاب جـ ٤ ص ٧٨، الإصابة جـ ٤ ص ٧٩.

(٦٤) رواه أبو داود والنسائي والإمام أحمد، ورجاله رجال الصحيح، وللحديث روايات بألفاظ أخرى، منها: أن رجلاً أعتق عند موته ستة رجله ـ بفتح الراء وسكون الجيم جمع رجل ـ فجاء ورثته من الأعراب فأخبروا رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ بما صنع، قال: أو فعل ذلك؟ لو علمنا ـ إن شاء الله ـ ما صلينا عليه، فأقرع بينهم، فأعتق منهم اثنين وأرق أربعة، رواه الإمام أحمد، ومنها ما رواه عمران بن حصين أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم، فدعا لهم

رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ فجزأهم أثلاثاً، ثم أقرع بينهم، فأعتق اثنين وأرق أربعة، وقال له قولاً شديداً، رواه الجماعة إلا البخاري، انظر: نيل الأوطار جـ ٦ ص ١٥٤، التاج جـ٢ ص ٢٤٢.

(٦٥) كشاف القناع جـ ٤ ص ٣٥٨.

(٦٦) هو أبو محمد علي بن سعيد بن حزم، أحد أئمة الإسلام بالأندلس ولد في قرطبة سنة ٣٨٤ هـ، كان ظاهري المذهب، توفي سنة ٤٥٦ بالأندلس... انظر: وفيات الأعيان جـ ١ ص ٢٤٠، كتاب ابن حزم للمرحوم الشيخ أبي زهرة.

(٦٧) المحلي جـ ٨ ص ٣٥١، فقد جاء فيه: «أنه ـ أي الحديث ـ ليس فيه إلا العتق وحده، فاقحامهم مع العتق جميع أفعال المريض خطا، وتعد لحدود الله تعالى، والقياس باطل».

(٦٨) انظر في الأدلة على اعتبار القياس حجة: شرح جمع الجوامع للجلال المحلي جـ ٢ ص ٢٠٨ وما بعدها، روضة الناظر وجنة المناظر لابن قدامة جـ ٢ ص ٢٣٤ وما بعدها.

(٦٩) كشاف القناع جـ ٤ ص ٣٥٨.

(٧٠) المحلي: الموضع السابق.

(٧١) الحشر: ٩.

(٧٢) رواه البخاري وأبو داود والنسائي، وهو حديث صحيح... انظر: فيض القدير جـ ٣ ص ٤٧٤.

(٧٣) ومن هنا قال الإمام النووي: مذهبنا أن التصدق بجميع المال مستحب لمن لا دين عليه، ولا له عيال لا يصبرون، ويكون هو يصبر على الاضافة والفقر، فإن لم يجمع هذه الشروط فهو مكروه... فيض القدير للمناوي جـ ٣ ص ٤٧٥.

(٧٤) رواه الدارقطني والبيهقي وابن ماجه، وله روايات أخرى ستأتي... انظر: التلخيص الحبير جـ٣ ص ٩١، الفتح الكبير للنبهاني جـ ١ ص ٣٢٩، سنن ابن ماجه بتحقيق محمد فؤاد عبدالباقي جـ ٢ ص ٩٠٤.

(٧٥) جاء في كشاف القناع جـ ٤ ص ٣٥٨ بياناً لوجه الدلالة من هذا الحديث: «فمفهومه ليس لكم أكثر من الثلث».

(٧٦) يقول ابن حزم في المحلي جـ ٨ ص ٣٤٨ عن طرق هذا الحديث: أما حديث رجل من بني عذرة فمرسل وعن مجهول». وأما خبر أبي بجي المالكي فهالك لأنه مرسل «وأما حديث أبي هريرة ففيه طلحة بن عمرو المكي وهو كذاب، وأما حديث قتادة فمرسل...».

(٧٧) جاء في مجمع الزوائد جـ ٤ ص ٢١٢:

«وعن معاذ بن جبل عن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال: ان الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حياتكم ليجعلها لكم زيادة في أعمالكم، رواه الطبراني، وفيه عقبة بن حميد الضبي وثقة ابن حبان وغيره، وضعفه أحمد.

وعن خالد بن عبدالله السلمي أن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال: ان الله عز وجل أعطاكم عند وفاتكم ثلث أموالكم، زيادة في أعمالكم، رواه الطبراني واسناده حسن.

وعن عبدالله بن مسعود رفعه قال: ان الرجل المسلم ليصنع في ثلثه عند موته خيراً فيوفي له بذلك زكاته، رواه الطبراني ورجاله رجال الصحيح «وانظر: التلخيص الحبير جـ ٣ ص ٩١».

(٧٨) جاء في نصب الراية جـ ٤ ص ٣٩٩ بعد أن أورد الحديث: «وعليه اجماع الأمة».

(٧٩) هو سعد بن مالك القرشي، أحد الصحابة العشرة المبشرين بالجنة، شهد جميع المشاهد، ولاه عمر في عهده إمارة العراق، وهو الذي بنى الكوفة، توفي سنة ٥٥ هـ ودفن بالبقيع... انظر:

الاستيعاب جـ ٢ ص ١٨ ـ ٢٥، تهذيب الأسماء واللغات ـ القسم الأول جـ١ ص ٢١٣ ـ ٢١٤، الرياض النضرة جـ ٢ ص ٢٩٢ ـ ٣٠١.

(٨٠) أي قربت بسببه من الموت.

(٨١) رواه الشيخان وأبو داود والترمذي والنسائي... انظر التاج الجامع للأصول جـ ٢ ص ٢٤٢، والمحلي جـ ٨ ص ٣٤٧.

(٨٢) المحلي جـ ٨ ص ٣٥٠.

(٨٣) انظر: فيض القدير جـ ٣ ص ٣٤١، المحلي جـ ٨ ص ٣٥٠، كتابنا: أحكام الوصية ص ١٣ هامش رقم ٢.

(٨٤) هي أسماء بنت أبي بكر الصديق ـ رضي الله عنهما ـ، زوجة الزبير بن العوام وأخت عائشة لأبيها، سماها رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ ذات النطاقين، لأنها صنعت للنبي وأبيها طعاماً حين هاجرا فلم تجد ما تشده به، فشقت نطاقها، توفيت سنة ٧٣ هـ... تهذيب الأسماء واللغات. القسم الأول جـ ٢ ص ٣٢٨، الأعلام جـ ١ ص ١٠١.

(٨٥) هو عبدالله بن مسعود، صحابي مشهور، أسلم قديماً، وهاجر الهجرتين، وشهد بدراً وما تلاها من مشاهد، وهو أول من جهر بالقرآن في مكة، توفـي سنة ٣٢ هـ... الإصابة جـ ٢ ص ٣٦٠ ـ ٣٦٢، تهذيب الأسماء واللغات ـ القسم الأول جـ ١ ص ٢٨٨ ـ ٢٨٩.

(٨٦) انظر في هذه الآثار: المحلي لابن حزم جـ ٨ ص ٣٥٣ ـ ٣٥٤.

(٨٧) المغني جـ ٨ ص ٧٢، المحلي جـ ٨ ص ٣٥٦.

(٨٨) المحلي جـ ٨ ص ٣٥٦.

(٨٩) راجع: هامش الفقرة ٣٣.

(٩٠) المحلي جـ ٨ ص ٣٥٦.

(٩١) ابن حزم، لأبي زهرة ص ٤٧٢.

(٩٢) المنافقون: ١٠ ـ ١١.

(٩٣) جاء في المحلي جـ ٨ ص ٣٥٦ بعد أن أورد ابن حزم هذه الآية دليلاً للظاهرية على ما ذهبوا إليه: «وهذا نصّ جلي لا يحتمل تأويلاً على جواز الصدقة للصحيح والمريض ما لم يأته الموت، ويجيء حلول أجله، دون تأخير قريب أو بعيد».

وجاء في المحلي جـ ٩ ص ١٩٦: «... وجملة ذلك أن الله تعالى ندب جميع البالغين المميزين إلى الصدقة، وفعل الخير، وانقاذ نفسه من النار، وكل من ذكرنا ـ ومنهم المريض مرض الموت ـ متوعد بلا خلاف من أحد، فلا يحل منعهم من القرب إلا بنص، ولا نص في ذلك».

(٩٤) هو محمد بن سيرين البصري، إمام وقته في علوم الدين بالبصرة، تابعي، اشتهر بالفقه والورع والحديث وتعبير الرؤيا، توفـي بالبصرة سنة ١١٠ هـ... الأعلام جـ ٣ ص ٩٠٣ ـ ٩٠٤.

(٩٥) هو عبدالله بن قيس بن سليم، صحابي مشهور، قدم على النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ قبل الهجرة إلى المدينة فأسلم، ثم هاجر إلى الحبشة، واستعمله الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ على زبيد وعدن وساحل اليمن، ثم استعمله عمر على الكوفة والبصرة انظر: تهذيب الأسماء واللغات ـ القسم الأول جـ ٢ ص ٢٦٨ ـ ٢٦٩.

(٩٦) المحلي جـ ٨ ص ٣٥٥ ـ ٣٥٦.

(٩٧) انظر: المحلي جـ ٨ ص ٣٥٦ فقد جاء فيه: «فان كان للموقن بالموت حكم المريض في ماله

فقد أمضاه أبو موسى، فهذا خلاف قولهم».

(٩٨) ابن حزم ـ للمرحوم الشيخ محمد أبي زهرة ص ٤٧٠ ـ ٤٧١.

(٩٩) المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة: المرجع السابق: ص ٤٦٤.

(١٠٠) الأهلية في اللغة: الصلاحية مطلقاً، يقال: فلان أهل لكذا: أي صالح له، جاء في القاموس المحيط (مادة: أهل): «وهو أهل لكذا مستوجب، للواحد وللجميع».

وفي الاصطلاح الفقهي تنقسم الأهلية إلى نوعين: أهلية وجوب، وأهلية أداء، فأهلية الوجوب هي: صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له كالإرث والوصية، ووجوب الالتزامات عليه كنفقة القريب المحتاج، ودية القتل الخطأ الواجبة على العاقلة.

وأهلية الأداء هي صلاحية الإنسان لصدور الفعل منه على وجه معتد به شرعاً، كصلاحية الشخص لأن يطالب غيره ويطالبه غيره بالآثار المترتبة على العقد المتفق عليه.

راجع: حاشية الرهاوي على شرح ابن ملك للمنار ص ٩٣٦ التلويح جـ ٣ ص ١٥٢، كتابنا المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ص ٤٣٢ ـ ٤٤٧.

(١٠١) ولما كان مرض الموت لا ينافى الأهلية بنوعيها كان ينبغي وجوب العبادات على المريض كاملة كالصحيح، لكن لما كان المرض من أسباب العجز شرعت العبادات على المريض بقدر المكنة، فيصلي قاعداً إذا عجز عن القيام، ومستلقياً اذا عجز عنهما، وهكذا حتى يصل الأمر لأن يؤديها بعينه، فأثر الموت في التكاليف الشرعية هو التخفيف والتيسير في حق المريض، وهذا غاية اللطف والرحمة من المولى ـ سبحانه وتعالى ـ... انظر: شرح المنار ص ٩٦١، عوارض الأهلية عند الأصوليين للدكتور صبري معارك ص ٢٧٣ ـ ٢٧٤.

(١٠٢) جاء في شرح المنار لابن ملك ص ٩٦١ ـ ٩٦٢:

« ... (ولما كان الموت علة الخلافة) أي خلافة الوارث أو الغرماء في المال، لأن أهلية الملك تبطل بالموت، فيخلفه أقرب الناس إليه، والذمة تخرب بالموت، فيصير المال الذي هو محل قضاء الديون مشغولاً بالدين (كان المرض من أسباب تعلق الوارث والغريم بماله، فيكون من أسباب الحجر على المريض بقدر ما يتعلق به صيانة الحق)، أي حق الوارث ـ وهو الثلثان، وحق الغريم ـ وقدر الدين ...».

انظر الوسيط للدكتور زكريا البري ص ١٩، الحقوق المتعلقة بالتركة للدكتور يوسف قاسم ص ١٨.

(١٠٣) راجع تخريجه هامش فقرة ٣٦.

(١٠٤) شرح المنار لابن ملك ص ٩٦٢، وانظر مع ذلك: الحقوق المتعلقة بالتركة للدكتور يوسف قاسم ص ٤٧ ـ ٤٨.

(١٠٥) جاء في التلويح جـ ٣ ص ١٨٤: «الروايات متفقة على أنه يجوز للمريض أن يبيع العين من بعض الغرماء بمثل القيمة، وعدم الجواز مختص بالورثة، وذلك لأن حق الغريم انما يتعلق بالمعنى ـ وهو المالية ـ لا بالصورة».

(١٠٦) انظر: التلويح جـ ٣ ص ١٨٤ فقد جاء فيه:

«لو باع ـ أي المريض ـ من أحد الورثة عيناً من أعيان التركة بمثل القيمة كان وصية صورة، حيث آثر الوارث بعين من أعيان ماله... فلا يجوز عند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ لأن حق الورثة ـ كما يتعلق بالمالية ـ يتعلق بالعينية فيما بينهم، وعندهما يجوز لعدم الاخلال بثلثي المال.

وأما بيعه من الأجنبي فيجوز اتفاقاً، اذ لا حجر للمريض من التصرف مع الأجنبي فيما لا يخل بالثلثين».

وانظر أيضاً: الميراث للمرحوم الدكتور البرديسي ص ٣٤ ـ ٣٥، الوسيط للدكتور زكريا البري ص ٢١، الحقوق المتعلقة بالتركة للدكتور يوسف قاسم ص ٤٩، ضوابط الارث للدكتور أحمد عطية ص ١٣٨.

(١٠٧) نصت المادة ٣٧ من قانون الوصية على أنه: «تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره، وتنفذ من غير إجازة الورثة».

(١٠٨) نصت المادة ١٣ من قانون الوصية على أنه: «تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصي، بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه...».

(١٠٩) الوسيط للدكتور زكريا البري ص ٢١ ـ ٢٢.

(١١٠) أبو زهرة: أحكام التركات والمواريث ص ١٠ وما بعدها، محمد يوسف موسى: التركة والميراث في الإسلام ص ٩٦، البرديسي: المرجع السابق ص ٣٥ ـ ٣٦، البري: المرجع السابق ص ٢٢ ـ ٢٣.

(١١١) راجع هامش ١ الفقرة ٣٦.

(١١٢) البدائع جـ ٣ ص ٢١٩، المرحوم أبو زهرة: المرجع السابق، ص ١١.

(١١٣) المرحوم البرديسي: المرجع السابق ص ٣٧.

(١١٤) البدائع جـ ٣ ص ٢١٩، المرحوم أبو زهرة: المرجع السابق، ص ١١.

(١١٥) تبيين الحقائق جـ ٦ ص ١٨٣، المرحوم أبو زهرة: المرجع السابق ص ١٢، المرحوم البرديسي: المرجع السابق ص ٣٦، الدكتور زكريا البري ص ٢٣.

(١١٦) أبو زهرة: المرجع السابق ص ١٢، البرديسي المرجع السابق، ص ٣٧.

(١١٧) راجع في حكم الحالات الثلاثة الماضية: شرح المنار لابن ملك ص ٩٦١ ـ ٩٦٢، التلويح جـ ٣ ص ١٨٤؛ وقد عرضنا عبارتهما فيما سبق، انظر: هامش فقرتي ٥٥، ٥٨ وحاشية الشلبي على تبيين الحقائق جـ ٦ ص ١٨٢.

(١١٨) جاء في فتح القدير جـ ٨ ص ٤١٧: «... وأما إذا لم يترك وارثاً فتصح وصيته بما زاد عل الثلث حتى بجميع ماله عندنا».

(١١٩) المغني جـ ٦ ص ١٠٧.

(١٢٠) روى هذا الرأي عن ابن مسعود وعلي بن أبي طالب وعبيدة السلماني ومسروق واسحق وأهل العراق، وشريك بن عبدالله... راجع الحصاص جـ ٢ ص ٩٩. الباجي جـ ٦ ص ١٥٦، المغني: وضع السابق.

(١٢١) الشرح الصغير جـ ٤ ص ٥٨٦: «وظاهرة بطلان الزائد ـ أي عن الثلث ـ وإن لم يكن له وارث لحق بيت المال، وهو مذهب مالك والجمهور، وذهب أبو حنيفة إلى صحتها كأحمد في أحد قوليه».

(١٢٢) نهاية المحتاج جـ ٦ ص ٥٣ ـ ٥٤: «(فان زاد) على الثلث (ورد الوارث) الخاص المطلق التصرف الزيادة (بطلت) الوصية، اجماعاً، لأنها حقه، فإن كان عاماً بطلت ابتداء من غير رد، لأن الحق للمسلمين، فلا مجيز».

(١٢٣) المغني: الموضع السابق.

(١٢٤) من الذاهبين إلى عدم الجواز: زيد بن ثابت الأوزاعي وابن شبرمة والعنبري والحسن بن صالح.

انظر : الجصاص والباجي والمرني في المواضع السابقة .
(١٢٥) النساء : ٣٣ .
(١٢٦) الأنفال : ٧٥ .
(١٢٧) أحكام القرآن للحصاص جـ ٢ ص ٩٩ .
(١٢٨) النساء : ١١ .
(١٢٩) المصدر السابق : نفس الموضع ، فتح الباري جـ ٦ ص ٢٩٩ .
(١٣٠) رواه الشيخان وأصحاب السنة الأربعة ... انظر فيض القدير جـ ٣ ص ٣٤١ .
(١٣١) أحكام القرآن للحصاص جـ ٢ ص ٩٩ .
(١٣٢) رواه الشيخان وأصحاب السنن الأربعة : انظر فيض القدير جـ ٥ ص ٤٤١ .
(١٣٣) أحكام القرآن للحصاص جـ ٢ ص ١٠٠ .
(١٣٤) أحكام القرآن للجصاصي جـ ٢ ص ٩٩ .
(١٣٥) الباجي على الموطأ جـ ٦ ص ١٥٦ ، المغني لابن قدامة جـ ٦ ص ١٠٧ .
(١٣٦) هذا جزء من حديث سبق تخريجه هامش ٣ فقرة ٣٩ من هذا البحث .
(١٣٧) المغني : الموضع السابق .

التقادم وأثره في اسقاط الحدود
فـي الفقه الإسلامي

بقلم الدكتور
محمد أحمد حامد *

(*) مدرس بقسم الشريعة الإسلامية بالكلية، له بعض المؤلفات في الفقه الجنائي الإسلامي.

مقدمـــــة :

الجرائم في الفقه الإسلامي ثلاثة، جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية وجرائم التعزير . ويعرف الفقهاء الحد بأنه عقوبة مقدرة تجب حقاً لله تعالى، لذا فهي مقدرة مقدماً من الشارع وواجبة حقاً لله، ولما في الجرائم المقررة فيها الحدود من خطورة بالغة على المجتمع . وجرائم الحدود .

هي: السرقة وقطع الطريق والزنا والقذف وشرب الخمر والردة والبغي وقد ثار خلاف بين الفقهاء بشان سقوط جرائم الحدود بالتقادم بين مؤيد ومعارض.

ويعرف الفقهاء القصاص: بأنه عقوبة مقدرة، تجب حقاً للفرد فهو يشترك مع الحدود في كون كل منهما عقوبة مقدرة ليس لها حد أعلى ولا حد أدنى، ويختلفان في أن الحدود من الحقوق الخالصة لله سبحانه وتعالى، أما القصاص فهو من الحقوق المشتركة بين الله والفرد ولكن حق الفرد غالب، ولذا فان حكمه حكم كافة حقوق الأفراد، ومنها أن الشهادة على القصاص أو الاعتراف به لا تتقادم بمرور الزمان عليه، وذلك لتوقفه على دعوى من أولياء الدم في جرائم الاعتداء على النفس (القتل) أو دعوى المجني عليه في جرائم الاعتداء على ما دون النفس، ولكن يسقط بالعفو سواء أكان عفواً عاماً (عفو عن القصاص والدية ويسمى عفواً مجاناً) أو عفواً الى الدية أو الصلح أو الابراء[١] .

ويعرف الفقهاء التعزير : بأنه عقوبة غير مقدرة تجب حقاً لله تعالى أو لآدمي في كل معصية ليس فيها حد ولا كفارة، والتعزير قد يكون حقاً خالصاً لله تعالى، أو حقاً خالصاً للعبد، أو حقاً مشتركاً بين الله والفرد وحق الله غالب أو حق الفرد غالب[٢] .

ومن المقرر لدى جمهور الفقهاء أن سقوط جرائم التعزير الواجبة حقاً لله تعالى هو من الأمور التي تترك لولي الأمر حسبما تتضح مصلحة المجتمع، فإذا كانت مصلحة المجتمع في إقرار التقادم بشأنها كان لولي الأمر أن يحدد لها مدة معينة يلزم أن تحرك الدعوى في خلالها وتثبت أمام القضاء بإحدى الطرق المختلفة. وان رأي أن مصلحة المجتمع تكمن في عدم سقوط هذه الجرائم بالتقادم مهما انقضت من مدة كان له ذلك فالأساس هنا يكمن في المصلحة التي تترتب على المجتمع من جراء ذلك.

ومعنى التقادم بالنسبة للجريمة: هو مضي فترة من الزمن على ارتكاب الجريمة يترتب عليه أن يمتنع الحكم بالعقوبة على الجاني . ومعناه بالنسبة للعقوبة هو مضي فترة من الزمن، بعد الحكم بالعقوبة، دن ان ينفذ، على المحكوم عليه، فيمتنع بمضي هذه المدة تنفيذها[٣] وسنخصص البحث عن تقادم الجريمة فقط دون تقادم العقوبة .

سنقسم الدراسة في هذا البحث الى تمهيد وثلاثة مباحث:

تمهيد : في ما هية الحقوق المحمية بالتجريم .

المبحث الأول: سقوط جرائم الحدود بالتقادم .

المبحث الثاني: الفترة الزمنية التي تسقط بها جرائم الحدود.
المبحث الثالث: وقف التقادم في جرائم الحدود.

تمهيــــد

ماهية الحقوق المحمية بالتجريم

من المعروف أن الشريعة الإسلامية جاءت لحماية المصالح، سواء أكانت مصالح عامة أم مصالح خاصة، وجاءت بالعقوبات المتنوعة لحماية تلك المصالح، وذلك إما بنص في الكتاب الكريم أو السنة المطهرة، وعند عدم وجود النص فانه يلجأ إلى قياس الحكم في ضوء ما جاء في الكتاب والسنة من نصوص، فتوضع العقوبة التي يكون أساسها المصلحة، ولما كانت هذه المصالح انما تمثل حقوقاً لله أو حقوقاً للأفراد ولذلك فسنبين ماهية الحقوق المحمية بالتجريم.

أولا: حق الله:

ان حق الله تعالى هو ما يتعلق به النفع العام للعباد، فلا يختص به أحد وينسب الى الله سبحانه وتعالى تعظيماً، مثل عبادته سبحانه وتعالى وحده، وحرمة الزنا لما يتعلق به عموم النفع في سلامة الانسان وصيانة الفراش، وحرمة البيت الذي تتعلق به مصلحة العالم باتخاذه قبله لصلواتهم. وانما ينسب إليه تعظيماً لأنه تعالى إنما يتعالى عن أن ينتفع بشيء، والاضافة إليه لتشريف ما عظم خطره وقوي نفعه وعم فضله بأن الكافة ينتفعون به[٤].

وقد ذهب بعض الفقهاء الى تعريف حق الله بتعريف قريب من المعنى السابق، فقالوا: ان حق الله هو متعلق أمره ونهيه[٥] وهو عبادته فقد قال تعالى: ﴿وما خلقت الجن والإنس إلا ليعبدون﴾[٦].

وقال الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ: «حق الله على العباد أن يعبدوه ولا يشركوا به شيئاً بينما ذهب القرافـي الى القول بأن حق الله انما هو أمره ونهيه»[٧].

وهذا التعريف غير صحيح، لأن الحق معناه اللازم لله على عباده، وأن اللازم له على عباده لا بد وأن يكون مكتسباً للعباد، والكسب لا يتعلق بأمر الله، لأن أمر الله انما هو كلامه وهو صفته القديمة، ولذلك فان حق الله انما هو متعلق أمره ونهيه لا أمره ونهيه[٨].

ولقد قسم فقهاء الشريعة حقوق الله الخالصة الى ثمانية أنواع هي:

١ ـ عبادات خالصة لا يشوبها معنى المؤونة والعقوبة، وتشمل الإيمان وفروعه، والإيمان ركنان: التصديق والإقرار باللسان. وأما فروعه فتشمل الصلاة والزكاة والصوم والحج.

٢ ـ عقوبات خالصة (أو كاملة) مثل الحدود كحد الزنا والسرقة والشرب، لأنها وجبت بجنابات كاملة لا يشوبها معنى الإباحة فاستلزم كل واحدة منها أن يكون لها عقوبة زاجرة عن ارتكابها حقاً لله تعالى على الخلوصي.

٣ ـ عقوبات قاصرة مثل حرمان القاتل من ميراث قاتله.

٤ ـ حقوق دائرة بين العبادات والعقوبة مثل الكفارات.

٥ ـ عبادات فيها معنى المؤنة. مثل صدقة الفطر.

٦ ـ مؤونة فيها معنى العبادة كالعشر.

٧ ـ عبادات فيها شبهة العقوبة كالخراج.

٨ ـ حق قائم بنفسه مثل خمس الغنائم[٩].

ثانياً: حق العباد

ان حق العبد هو ما يتعلق به مصلحة خاصة بالعبد مثل: حرمة مال الغير فان حق العبد يتعلق بصيانة ماله، ولذلك فان هذا المال لا يباح للغير إلا بإباحة المالك[١٠].

ولقد ذكر الفقهاء أن هناك حقوقاً خالصة للعباد، وهذه الحقوق أكثر من أن تحصى مثل الدية وبدل المتلف والمغصوب وملك المبيع وملك النكاح والطلاق.

ثالثاً: حقوق مشتركة بين الله والعبد وحق الله غالب، في هذه الحال، يضاف الحق لله سبحانه وتعالى، لأن حق العبد صار مطروحاً شرعاً فهو كفير المعتبر، لأنه لو كان معتبراً لكان هو الغالب. مثال ذلك عند الحنفية[١١] حد القذف (وهو ثمانون جلدة لمن يتهم غيره بالزنا) فيه حقان:

حق للمقذوف بدفع العار عنه واثبات شرفه وحصانته، وحق الله: وهو صيانة أعراض الناس واخلاء العالم من الفساد، والحق الثاني أغلب[١٢].

رابعاً: حقوق مشتركة بين الله والعبد وحق العبد فيه غالب: وذلك مثل حق القصاص، فهو حق يشتمل على الحقين، لأن القتل جناية على النفس، ولله تعالى فيها حق الاستعباد، كما أن للعبد حق الاستمتاع ببقائها، ولذلك كانت العقوبة الواجبة بسببه مشتملة على الحقين، وان كان حق العبد راجحا بلا خلاف. والدليل على أن فيه حقاً لله عز وجل أنه يسقط بالشبهات كالحدود الخالصة. ولما كان وجوب القصاص بطريق المماثلة التي تنبىء عن معنى الجبر بقدر الإمكان وفيه معنى المقابلة بالمحل من هذا الوجه، كان حق العبد راجحاً، هذا بالاضافة الى تفويض استيفائه لولي الأمر، وجريان الإرث فيه، وقبوله الدية بدلاً منه، دليل على رجحان حق العبد[١٣].

واذا كانت الحقوق ذات أنواع أربعة إلا أن الشاطبي في كتابه الموافقات قال بأن الحقوق ثلاثة[١٤] وهي: حقوق خالصة لله وحقوق مشتركة بين الله والعبد، وحق الله غالب، وحقوق مشتركة بين الله والعبد وحق العبد غالب. ولكنه عندما تكلم عن اسقاط

الحقوق لم يجز للعبد أن يسقط حقه في الحياة، أو في سلامة جسمه بأن يعطى لغيره حق قتله ولا قطع عضو من أعضائه أو أن يفعل ذلك بنفسه لأن الله يقول: ﴿ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيماً﴾[١٥]، كما منع أكل المال بالباطل فقال تعالى: ﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾[١٦]. كما منع أكل المال بالباطل﴾[١٦]. وحرم تفويت مصلحة العقل ولو لبرهة بشرب الخمر.

فالحقوق السابقة وهي الحق في الحياة وسلامة الجسم وحفظ الأموال وان كان للعبد حق فيها إلا أنه ليس له الحق في اسقاط هذه الحقوق بداءة، لأن احياء النفوس وكمال العقول والأجسام من حقوق الله تعالى، وليست من حقوق العباد، ولكن اذا حصل اعتداء على نفس العبد أو على عضو من اعضائه أو على ماله بدون أن يكون للعبد دخل فيما وقع عليه ولم يكن بتسببه، ففي هذه الحالة يتولد للعبد حق قبل الغير وله أن يستوفيه وكأنه دين من الديون كما أن له تركه وأن تركه أفضل لقوله تعالى: ﴿فمن عفا وأصلح فأجره على الله﴾[١٧] ونفس الشيء بالنسبة للأموال فللعبد الحق في الاسقاط لقوله تعالى: ﴿وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة وأن تصدقوا خير لكم ان كنتم تعلمون﴾[١٨].

فحق العبد فيما سلف ذكره لم يثبت له لكونه مستحقاً له بحكم الأصل، وانما ثبت له لأن الشارع أثبته له، ولهذا فإنه لا يجوز للعبد اسقاط حقه في الحياة أو في سلامة جسمه، لأن الشارع لم يثبت له هذا الحق، بل نهاه عن ذلك بقوله تعالى: ﴿ولا تقتلوا أنفسكم﴾[١٩] بينما يجوز للعبد أن يعفو عن القصاص من المعتدي، لأن الشارع أعطاه هذا الحق، قال تعالى: ﴿فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء اليه باحسان﴾[٢٠].

ونخلص الى أن الحقوق انما تتركز في حقوق الله، وحقوق العباد، وحقوق مشتركة بين الله والعبد، وحقوق الله غالبة أو العكس.

الآثار المترتبة على تقسيم الحقوق

ان تقسيم الحقوق الى حقوق لله وحقوق للعباد وحقوق مشتركة بينهما، وحق الله غالب أو العكس، هذا التقسيم يترتب عليه آثار معينة بحسب نوع الحق من جهة الخصومة في جرائم الحدود وأثر التقادم.

١ ـ الخصومة في جرائم الحدود

لا تشترط الخصومة في جرائم الحدود التي هي خالصة لله تعالى، فلا يتوقف الاثبات فيها على الدعوى، بل الشاهد فيها يصير مدعياً ويطلق عليها شهادة الحسبة أو دعوى الحسبة، لأن سماع الشهادة في الفقه الإسلامي يجب أن تسبقها الدعوى إلا في الحدود

الخالصة لله تعالى، فالشهادة تسمع حتى ولو لم تسبق بدعوى، فالزنا إذا رآه أربعة يصح أن يذهبوا إلى القاضي ويشهدوا أمامه بواقعة الزنا ويترتب على شهادتهم عقوبتها، وان لم تسبقها دعوى[٢١].

٢ ـ التقـــادم

ان المشرع في الإسلام لا ينقب عن الجرائم تنقيباً ولذلك كان من الحدود ما يسقط بمضي مدة معلومة وقرر الفقهاء ان الشهادة لا تسمع اذا حدث فيها تقادم، بأن مضت مدة كان يمكن للمدعي حسبة أو الشاهد حسبة أن يتقدم فيها للقضاء ولم يتقدم[٢٢].

المبحث الأول

سقوط جرائم الحدود بالتقادم

انقسم الفقهاء في شأن تقادم جرائم الحدود الى رأيين ولكل رأي أدلته.

الرأي الأول: إن الحدود تتقادم متى مضى عليها فترة زمنية معينة وكان دليل اثباتها هو الشهادة، أما اذا كان دليل الاثبات فيها هو الاقرار فانها لا تتقادم، ومن ثم فمن يعترف بارتكابه لحد من الحدود فانه يقام عليه الحد مهما طال الزمن بين ارتكابه للجريمة التي تكون حداً وبين اعترافه. وذلك في حدود ثلاثة وهي:

السرقة والزنا والشرب.

وهذا رأي الحنفية ورواية عن أحمد وهي رواية ابن حامد ذكرها ابن أبي موسى وهي ليست معتمدة في المذهب الحنبلي[٢٤].

وتوضيح هذا على الوجه التالي:

أولاً: إذا كان دليل الإثبات هو الشهادة:

ذهب الحنفية إلى القول: بأن الشهادة على حد الزنا وحد السرقة تتقادم بعد مدة ومن ثم فلا تقبل الشهادة بعد مضي هذه الفترة ولا يقام بناء عليها الحد، ولكن يكون هناك الضمان فقط أي رد المال المسروق إذا كان بعينه أو بدله أو قيمته ان كان قد تلف أو استهلك[٢٥].

واستدلوا على تقادم الشهادة في الحدود بقول الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ: «لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين»[٢٦]. وبقول عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ: «أيما شهود شهدوا على ضغن فلا شهادة لهم».

وان الشاهد مخير بين أمرين كلاهما حسبة لله سبحانه وتعالى، وهما أولاً: الستر وهو أفضل لقول الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ: «من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا والآخرة» والثاني: هو أداء الشهادة لاخلاء العالم من الفساد للانزجار بالحد فقال تعالى: ﴿وأقيموا الشهادة لله﴾، وكلا الأمرين واجب مخير على الفور كخصال الكفارة

ولأن كليهما لا يتصور طلبه على التراخي بل واجب على الفور . ولذلك فان الشهادة بعد التقادم يترتب عليها الحكم على الشاهد بأحد أمرين: إما الفسق وإما التهمة والتعداوة والضغن، لأنه إذا اختار الستر ثم شهد بعد ذلك فانه يكون متهماً بأن هناك عداوة حركته للادلاء بالشهادة بعد أن آثر السكوت والستر، وان اختار من البداية أداء الشهادة وعدم الستر ثم أخر الشهادة فهو فاسق. هذا بخلاف حقوق العباد لأن الدعوى شرط فيها فتأخير الشاهد كان لتأخير الدعوى ولذا لا يعد فاسقاً ولا تلحقه تهمة اذا أخر الشهادة[٢٧].

ويذهب الحنفية الى أن حد القذف لا يتقادم لوجود حق العبد فيه فهو يتوقف على الدعوى وبذا يأخذ حكم حقوق العباد والتي لا تخضع للتقادم ولا يجوز أن يقاس على ذلك حد السرقة، لأن الدعوى شرط فيها هي الأخرى ولذا تقبل فيها الشهادة المتقادمة ولكن الحقيقة انه لا تقبل الشهادة متى تقادمت في حد السرقة، وذلك مرجعه الى أن السرقة فيها أمران:

الحد (القطع) والمال فبالنسبة الى اقامة الحد (القطع) لا تشترط فيه الدعوى لأنه خالص حق الله سبحانه وتعالى، وأما بالنسبة للمال فيشترط فيه الدعوى من صاحب المال.

ولما كانت الشهادة بالسرقة لا تخلص لأحدهما بل لا يمكن الفصل بين الأمرين: (الحد والمال) فاشترطت الدعوى لأجل رد المال وليس لاقامة الحد (القطع) ولهذا يثبت المال بالشهادة بعد التقادم، لأن التقادم لا يحول دون المطالبة به فهو من حقوق العباد ولكن السارق لا يقطع لتقادم الشهادة وعدم قبولها.

وما سبق محل اتفاق بين الحنفية، الامام والصاحبين في شأن حدي السرقة والزنا أما حد شرب الخمر فاختلف الحنفية في شأن قبول الشهادة المتقادمة.

فقال الإمام أبو حنيفة وأبو يوسف: ان الشهادة المتقادمة في حد الشرب لا تقبل لأن الشرب عندهما لا يثبت إلا بوجود رائحة الخمر.

أما محمد بن الحسن فقال: بأن الشرب يسقط بتقادم الشهادة عليه شأن حدي السرقة والزنا تماماً[٢٨].

فالإمام وصاحبه أبو يوسف يتطلبان في الشهادة على الشرب أن تكون الشهادة مع وجود الرائحة أما إذا زالت رائحة الخمر فلا تقبل الشهادة بالشرب، فتقادم حد الشرب عندهما هو زوال الرائحة.

وأما محمد بن الحسن فقال: حد الشرب يسقط بتقادم الشهادة مثل تقادم الزنا والسرقة، لأن هذا حد ظهر سببه عند الإمام فلا يشترط لاقامته بقاء أثر الفعل، وهذا لأن وجود الرائحة لا يمكن أن يجعل دليلاً فقد يتكلف لزوال الراحة مع بقاء أثر الخمر في بطن الشارب، وقد توجد رائحة الخمر من غير خمر، فان استكثر من أكل التفاح أو السفرجل فانه يوجد منه رائحة كرائحة الخمر.

واستدل أبو حنفية وأبو يوسف بحديث ابن مسعود رضي الله عنه أنه أتى بشارب الخمر فقال: «مزمزوه وترتروه»[٢٩] واستنكهوه فان وجدتم رائحة الخمر فحدوة.

فقد شرط لاقامة الحد وجود الرائحة، وما روي عمر بن الخطاب رضي الله عنه، أنه أتى برجل شرب الخمر بعدما ذهبت رائحتها واعترف به فعزره ولم يحده. كما احتجا بأن حد الشرب قد ثبت بالإجماع، ولا اجماع بدون ابن مسعود، وقد ثبت الحد باجماع الصحابة، وكان اجماعهم برأي عمر وابن مسعود وقد شرطا الرائحة ولا اجماع عند عدم الرائحة.

ويرد على أعلى رأي أبي حنيفة وأبي يوسف باستدلالهم بحديث ابن مسعود والذي رواه عبدالرزاق قال: حدثنا شعبان الثوري عن يحيى بن عبدالله التميمي عن جابر عن أبي ماجد الحنفي، قال: جاء رجل بابن أخ له سكران الى عبدالله ابن مسعود فقال عبدالله: ترتروه ومزمزوه واستنكهوه ففعلوا فرفعه الى السجن ثم عاد في الغد ودعا بسوط ثم أمر به فدقت ثمرته بين حجرين حتى صارت دره، ثم قال للجلاء، اجلد وارجع يدك واعط كل عضو حقه. ومن طريق عبدالرزاق رواه الطبراني ورواه اسحاق بن راهوية، ودفع بأن محل النزاع الذي نحن بصدده هل الشهادة ولا ترد أو لا تقبل في اقامة حد الشرب عند وجود الرائحة أم لا يعتد بالشهادة ويعول على الراُحة فقط؟

حديث عبدالله بن مسعود يدل على أنه حد بظهور رائحة الخمر من المعدة التي كانت قد خفيت (الرائحة). وقد كان مذهب ابن مسعود «انه قرأ سورة يوسف فقام رجل وقال: ما هكذا أنزلت، فقال عبدالله بن مسعود: والله لقد قرأتها على رسول الله فقال: أتشرب الخمر وتكذب بالكتاب فضربه الحد».

وأخرج الدارقطني بسند صحيح عن السائب بن يزيد عن عمر بن الخطاب انه ضرب رجلاً وجد منه رائحة الخمر وفيه لفظ ريح شراب، وهذا يدل على أن شرب الخمر يحد له عند ابن مسعود متى ظهرت الرائحة وذلك عند عدم وجود شهادة أو اقرار، فمتى وجدت شهادة أو وجد اقرار بالشرب فلا يشترط أن توجد رائحة الخمر وهذا ما يأخذ به بعض الفقهاء منهم مالك وقول للشافعي ورواية عن أحمد[٣٠].

ونميل إلى أن حد شرب الخمر إنما يثبت بالشهادة أو الاقرار ولا يثبت بظهور رائحة الخمر لاحتمال الاضطرار أو الاكراه أو المضمضة بها فما علم أنها خمر لفظها أو انها كانت من شراب التفاح أو كثرة أكله أو أكل السفرجل فان له رائحة كرائحة الخمر. وتلك الاحتمالات تورث شبهة والحدود تدرأ بالشبهات، كما أن حديث عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - الذي استدل به أبو حنيفة وصاحبه انما هو دليل على خلاف ما أرادوا اثباته لأن عمر لم يحده رغم وجود الرائحة وانما عزره ولو كان الحد يجب بالرائحة لما قصر عمر في تطبيقه ولذا فنرى أن الشرب كغيره من الحدود كالسرقة والزنا يسقط بتقادم الشهادة بعد مضي مدة كما هو مذهب محمد بن الحسن.

ثانياً: إذا كان دليل الاثبات هو الاقرار

إذا كان دليل الإثبات على حد الزنا وحد السرقة هو الإقرار فإن أبا حنيفة وأبا يوسف ومحمد بن الحسن يذهبون إلى قبول الاقرار مهما طال الزمان وذلك لأن المقر على نفسه لا تلحقه تهمة لأن الانسان لا يتهم نفسه لا سيما وأنه سوف يخضع لعقاب شديد وهو العقاب الذي يلحقه من جراء اعترافه بحد سرقة أو حد زنا، فالشخص يتهم في شهادته على غيره ولا يتهم في اقراره على نفسه(٣١).

وبالنسبة لحد شرب الخمر فقد اشترط أبو حنيفة وأبو يوسف أن يكون الاقرار ملازماً لوجود رائحة الخمر، فإذا كانت الرائحة قد زالت فانه لا يعتد بالاقرار ولا يقام بناء عليه حد الشرب على المقر، لأن تقادم الحد عندهما هو بزوال رائحة الخمر.

وقال محمد بن الحسن: ان الاقرار يقبل مهما طال الزمان فالرائحة ليست بشرط لاقامة الحد.

وقد استدل الإمام وصاحبه بنفس الأدلة التي ذكرناها بشأن الشهاد. ونميل الى ترجيح رأي محمد بن الحسن بعدم الاعتداد بالرائحة وان الاقرار بالشرب يقبل مهما طال الزمن، ويقام به الحد على المقر لانتفاء التهمة التي تؤدي الى عدم قبول الشهادة المتقادمة.

وقال القاهني ابن أبي ليلى وزفر من الحنفية ان الاقرار بالحد بعد فترة يتقادم أي أنه لا يقبل كما لا تقبل الشهادة المتقادمة على الحد(٣٢) فان الشهود كما ندبوا الى الستر، فالمرتكب للفاحشة أيضاً مندوب الى الستر على نفسه(٣٣)، وقد قال رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ: «من أصاب من هذه القاذورات شيئاً فليستتر بستر الله»(٣٤).

ويرد على ذلك: أن الحديث قد جاء بآخره «ومن أبدى لنا صفحته أقمنا عليه الحد وان المقر قد ابدى صفحته باقراره وان كان تقادم العهد، ولذا فان التهمة منتفية في حقه ولذا يقام عليه الحد لأن الانسان لا يعادي نفسه، وان الذي حمله على الاقرار هو الندم وايثار عقوبة الدنيا على عقوبة الآخرة، فصلاح الحال وتوبة الجاني لا تسقط الحد مهما طال الزمان ولشهادة الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ أنه لا أفضل من وجود المعترف بنفسه لله تعالى، وان اعتراف المرء بذنبه عند الإمام افضل من الستر بيقين(٣٥).

لذا، فالأولى هو قبول الإقرار وإقامة الحد وليس كما قال القاضي ابن أبي ليلى من رد الاقرار وعدم قبوله للتقادم، لأن الزجر يتحقق باقامة الحد بالإقرار بعد مضي مدة كما يتحقق باقامته فور ارتكاب الجريمة، وأساس القول بالتقادم في

الحدود هو التهمة التي تلحق الشهود اذا تأخروا في أداء شهادتهم، وهذه التهمة غير متوفرة في حق المقر. وهذا ما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة وصاحباه أبو يوسف ومحمد[٣٦].

وخلاصة القول ان الشهادة المتقادمة على الحدود لا تقبل ولا يقام بها الحد وانما تجدي في تضمين المال فقط (في حد السرقة) سواء في ذلك حد السرقة وحد الزنا وحد شرب الخمر خلافاً للإمام أبي حنيفة وصاحبه أبي يوسف حيث اعتبرا تقادم حد الشرب هو بزوال الرائحة على عكس محمد بن الحسن الذي جعل تقادم حد الشرب بالشهادة مثله مثل حد السرقة والزنا وهذا ما نميل إليه.

كما ان الاقرار بارتكاب حد السرقة والزنا والشرب يقبل أيضاً مهما طال الزمن وذلك لعدم التهمة التي هي أساس رفض الشهادة لأن الانسان لا يعادي نفسه وهذا عند محمد بن الحسن وهو ما نميل اليه. أما عند الإمام وصاحبه فالشرب يلزم لاثباته بالاقرار ان توجد الرائحة معه.

الرأي الثاني: ان التقادم لا أثر له على جرائم الحدود سواء أكان الدليل عليها هو الشهادة أم الإقرار.

وهذا رأي المالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية.

قال المالكية: ان الحدود لا تسقط بالشهادة المتقادمة، ولا بالإقرار المتقادم، فالشهادة على السرقة بعد حين يقطع بها، وكذا الحدود كلها فلا يبطل حد، وان تقادم ذلك وطال زمانه، وكذلك الإقرار، وهو اخبار يتعلق بالمقر وحكمه اللزوم، وهو أبلغ من الشهادة، فقول الشخص على نفسه أبلغ وأوجب من قوله على غيره[٣٧] فان أقر بحد بعد طول زمان أخذ باقراره، فقد روى عن سحنون أنه قال: لو شرب الخمر في شبابه ثم تاب وحسنت حاله وصار فقيهاً من الفقهاء، وعابدا فشهدوا عليه أيحد أم لافي رأي مالك، قال: نعم يحد[٣٨].

فالمذهب المالكي يقبل الشهادة والإقرار بالحدود مهما طال الزمان ولذلك فالحدود كلها عندهم لا تسقط بالتقادم.

وقال الحنابلة: وان شهدوا بزنا قديم أو أقر به وجب الحد. وبهذا قال مالك، والأوزاعي، والثوري، واسحاق، وأبو ثور[٣٩]. فيجوز اقامة الحدود بقول الله تعالى ﴿فاستشهدوا عليهن أربعة منكم﴾[٤٠]، ولأن الذين شهدوا بالحد في عصر النبي - صلى الله عليه وسلم - لم تنكر شهادتهم[٤١].

وعند الشافعية: يقام الحد بالشهادة وان طال الزمن[٤٢].

وعند الظاهرية: تقبل الشهادة بالحد المتقادم، كما يقبل الإقرار به بعد مدة، وان الستر مباح. ولكن الأفضل هو الاعتراف لقول الرسول - صلى الله عليه وسلم -: «لا أفضل من جود المعترف بنفسه لله تعالى»[٤٣].

فخلاصة الرأي الثاني هو أن جرائم الحدود لا تسقط بالتقادم سواء كان الدليل هو الشهادة أو الإقرار وهذا رأي المالكية، والشافعية والحنابلة، والظاهرية واستدلوا على رأيهم[٤٤] بعموم قوله تعالى: واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم[٤٥]. ولأن الشهادة والإقرار في الحدود مثلها مثل الشهادة في حقوق الأفراد كالقصاص فانه لا يسقط بالتقادم لاتفاق الفقهاء على أن حقوق الأفراد لا تسقط بالتقادم كما أن الاتفاق بين الفقهاء في شان الإقرار بالحدود أنه لا يسقط بالتقادم ـ عدا ما روي عن ابن أبي ليلى وزفر من أنهما يقرران أن الإقرار يسقط بالتقادم شأنه شأن الشهادة[٦٤] . كذلك الشهادة على الحدود لا تسقط بالتقادم. وان أساس قبول الشهادة إنما هو صدق الشهادة وما دامت الشهادة صادقة فلا يؤثر في قبولها واقامة الحد بناء عليها تأخير أو تقادم العهد، وما دامت العدالة قد تحققت في الشهود فلا يصح رد هذه الشهادة لغرض التهمة أو الضغن، لأن الافتراضات المجردة لا يجوز أن تكون أساساً لبناء الأحكام عليها والا لتعطلت اقامة الحدود، بالاضافة الى هذا فقد يعرض للشاهد ما يمنع الشهادة في حينها ثم يتمكن بعد ذلك من أدائها[٤٧].

ويرد على أدلة الرأي الثاني بأن قياس الحدود على حقوق الأفراد قياس مع الفارق وذلك لأن الدعوى شرط في حقوق الأفراد، أما الحدود فليست الدعوى شرطاً لاقامتها فهي حقوق لله تعالى والشهادة فيها تؤدي حسبة لله. ومن أجل ذلك فلا عذر لشاهد في أن يؤخر الشهادة التي لديه أما التأخير في أداء الشهادة على حقوق الأفراد فإن مرجعه هو توقف أداء الشهادة على تقديم الدعوى ممن يملكها، فتأخير الشهادة راجع الى تأخير رفع الدعوى ولو قيل إن بعض الحدود يحتاج إلى دعوى كالقذف، فمردود عليه بأن القذف باتفاق الفقهاء لا يجري عليه حكم التقادم سواء عند القائلين بعدم تقادم الحدود مطلقاً أم بالنسبة لرأي الحنفية ورواية عن الحنابلة فالقذف يحتاج إلى دعوى من المذوف وطلبه الحد.

ولذا، فان تأخير الشهادة كان لتأخير رفع الدعوى من المقذوف، ولأن القذف فيه بعض حق العباد وهو رفع العار عن المقذوف فمتى أقام البينة عليه وجب الحكم به لدفع الضرر عنه.

أضف إلى هذا أنه إذا دعي الشاهد لأداء الشهادة في حقوق الأفراد فتخلف عن أدائها بدون عذر فإنه يكون فاسقاً ولا تقبل شهادته.

ولذا، فان اعطاء الشهادة حكم الإقرار انما هو قياس مع الفارق، ومن ثم فلا يعتد به لأن التهمة متمكنة في الشهادة التي تقادمت أما الإقرار فمنزه عن التهمة فالشخص لا يعادي نفسه في العادة.

أما القول بأن صدق الشهود وكونهم عدولاً في شهادتهم انما هو من الأمور الثابتة والتي لا يؤثر عليها افتراض الضغن أو التهمة لأنها افتراضات مجردة، ومن ثم لا يصح بناء الأحكام عليها والا لتعطلت اقامة الحدود.

فمردود عليه بأن الحدود يلزم لاقامتها عدم وجود أية تهمة، والتهمة في الشهادة بعد زمن انما هو أمر نفسي خفي، وهذه الأمور النفسية الخفية لها اعتبارها في مجال الحدود، ولكي ندلل على هذه الأمور النفسية الخفية. ولذلك فان أصحاب هذا الرأي لم يؤسسوا حكمهم في رفض التقادم على البواعث النفسية، وانما أسسوه على مظاهر واقعية مستمدة من وقائع الشهادة ووصف الشهود وحماية المجتمع، وكان الأولى أن يبحثوا في الدوافع النفسية التي أدت بالشهود الى السكوت ثم الادلاء بالشهادة بعد زمن[٤٨].

أما القول بأنه قد يكون تأخير الشهادة لمانع منعه من الأداء في حينها ثم تمكن من الأداء بعد ذلك، فمردود عليه. بأن العذر يترتب عليه قبول الشهادة حيث تنتفي التهمة لهذا العذر. وهذا لا يحول دون قبول الشهادة لعدم وجود التهمة التي يترتب عليها رد الشهادة وعدم قبولها.

أما عن الاستدلال بعموم قوله تعالى: ﴿واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم﴾ فإن الآية ليس فيها ما يمنع من أن يحدد وقت لأداء الشهادة بحيث اذا لم يؤد الشهادة خلال فترة زمنية ردت ولا يعتد بها. لأن أداءها بعد مرور هذه الفترة يستشف منه أنهم آثروا الستر وهذا مستجيب باجماع الفقهاء، فإذا رجعوا وتركوا الستر وأدوا الشهادة بعد حين فان هذا يجعلهم متهمين، وهذه التهمة تورث شبهة تدرأ الحد. وقد قال الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ: «لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين»[٤٩] أي متهم، فهذا الحديث يمكن القول بأنه خصص عموم الآية وتطلب أداء الشهادة في حينها وعدم التأخير لأن التأخير يؤدي إلى التهمة في حق الشهود مما يؤدي الى رد شهادتهم.

المبحث الثاني

الفترة الزمنية التي تسقط بها جرائم الحدود

لقد اختلف فقهاء الحنفية القائلون بتقادم الشهادة على الحدود في المدة الزمنية التي تتقادم بها الشهادة على دعاوى الحدود التي قالوا فيها بالتقادم وهي حد السرقة وحد الزنا وحد الشرب على الوجه الآتي:

أولاً: مدة تقادم الشهادة على حد السرقة وحد الزنا:

لقد تعددت الآراء في مذهب الحنفية في شأن المدة على النحو التالي:

(أ) عند الإمام ابي حنيفة، لم يحدد المدة التي يترتب على فواتها عدم سماع الشهادة على حد الزنا والسرقة، وتركث لسلطة القاضي في كل عصر وذلك لاختلاف أحوال الناس في كل عصر واختلاف العرف من مكان لآخر ومن زمان لآخر. وقد قال أبو يوسف صاحب الإمام أبو حنيفة في هذا الشأن: جهدنا بأبي حنيفة أن يقدر لنا فلم يفعل

وفوضه الى رأي القاضي في كل عصر، فما يراه بعد مجانبة الهوى تفريطاً تقادم، وما لا يعد تفريطاً غير تقادم، وأحوال الشهود والناس والعرف تختلف في ذلك فنصب المقادير بالرأي متعذر، وانما يكون التحديد بالنص، فلما لم يوجد نص فانه يكون موكولاً للقاضي[٥٠].

(ب) وعن أبي حنيفة أيضاً أنه قدر مدة التقادم بسنة، فقد روى عنه أنه قال: لو شهد الشهود بالزنا بعد سنة لم أقبل شهادتهم، وهذا يدل على أن الشهادة لو كانت في خلال السنة فأقل فإنها تكون مقبولة، ويقام الحد بناء عليها[٥١] وهي رواية الحسن بن زياد عن أبي حنيفة[٥٢].

(جـ) رأي محمد بن الحسن في إحدى الروايتين عنه أنه قدر مدة التقادم بستة أشهر وهذا ما جاء في الجامع الصغير، وما أشار إليه الطحاوي[٥٣]. وتحديد الستة أشهر مبني على أنها فترة الحين عند عدم وجود النية في الحلف بأداء الدين فلو حلف المدين أن يؤدي الدين بعد حين، ففترة الحين هذه تكون ستة أشهر عند عدم النية وقد ذهب البعض بأن كلمة الحين كلمة مبهمة والتي يحددها هو غرض الحالف فان كان غرضه واضحاً فان الفترة تكون شهراً[٥٤].

(د) رأي محمد بن الحسن في الرواية الصحيحة عنده ورواية عن أبي يوسف ورواية عن أبي حنيفة. أن مدة التقادم شهر فقط على أساس تفسيرهم لكلمة الحين، بأنها شهر، وذلك لأن الحالف لو حلف أن يؤدي الدين عاجلاً، فإن أداه في خلال الشهر فقد بر بيمينه، ففترة الشهر هي الفرق بين العاجل والأجل، لأن ما دون الشهر عاجل وما فوقه آجل[٥٥].

وقد روي عن أبي حنيفة أنه قال: لو سأل القاضي الشهود متى زنا؟ فقالوا: منذ أقل من شهر أقيم الحد، وان قالوا: منذ أكثر من شهر درىء الحد[٥٦].

ثانياً: مدة تقادم الشهادة في حد شرب الخمر:

ان مدة تقادم الشهادة في حد الشرب عند الإمام أبي حنيفة وصاحبه أبي يوسف هي بزوال رائحة الخمر، أما عند الإمام محمد بن الحسن فان مدة تقادم الشهادة في حدة الشرب هي نفس المدة المقررة لتقادم الشهادة في حد السرقة وحد الزنا وهي مدة الشهر[٥٧].

وتقدير مدة التقادم في حد الشرب بزوال الرائحة هو المعتمد في المذهب والحاصل أن المذهب قولهما إلا أن قول محمد أرجح من جهة المعنى[٥٨].

ويتحقق التقادم في الشرب بزوال الرائحة إذا كان الدليل هو الشهادة أو الاقرار فالشهادة أو الإقرار بالشرب عند أبي حنيفة وأبي يوسف لا تقبل في حد الشرب ما لم يكن معها رائحة الخمر، ولذا فلو أقر بالشرب بعد زوال الرائحة لا يقبل اقراره ولا يحد بناء عليه، أما عند محمد فان الإقرار بالشرب يقبل حتى ولو لم توجد الرائحة وقد

استعرضنا من قبل أدلة كل منهم عند عرض الآراء الخاصة بهم وخلافاتهم ورجحنا رأي محمد بن الحسن[٥٩] وهو أن شرب الخمر يتقادم بنفس مدة الشهر التي هي مقررة لحد السرقة وحد الزنا، ولا يصح اعتبار تقادمه هو زوال رائحة الخمر، وذلك لاحتمال الاضطرار أو الاكراه أو أنه تمضمض بها فلما صارت في فمه علم أنها خمر فلفظها أو أنه ظنها مادة لا تسكر، أو أن الرائحة كانت من شراب التفاح أو اكلة السفرجل فلهما رائحة كرائحة الخمر، وهذه الاحتمالات كلها تورث شبهة والحد يدرأ بالشبهة لقول الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ: «ادرءوا الحدود بالشبهات»[٦٠] أما حديث عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ فانه دليل على عدم اقامة الحد بالرائحة فالثابت من الحديث ان عمر عزر الرجل، ولو كان يجب الحد لاقامة عمر ولم يعطله.

تبين من العرض السابق مدد تقادم الشهادة في جرائم الحدود والخلاف الفقهي في المذهب الحنفي في شأن حدود الزنا والسرقة والشرب، ونحن نميل إلى عدم تحديد مدة للتقادم وترك هذه المدة لولي الأمر يقدرها حسب ظروف الزمان والمكان والأحوال والأعراف حسبما تتضح له مصلحة المجتمع الإسلامي والفائدة التي تعود عليه من جراء هذا التحديد، على أنه لا يحدد مدداً طويلة وذلك لأنه كلما كانت المدة أقصر كلما كان ذلك أبلغ في الزجر والردع وقطع دابر الرذيلة وتطهير المجتمع من الفساد، هذا من جانب، ومن جانب آخر حتى لا يبقى المتهم تحت تهديد مستمر لفترة طويلة خوفاً من اقدام الشهود على الشهادة عليه، وقد يقول قائل: إذا ما أراد الجاني النجاة من هذا التهديد وذلك الخوف فإن عليه أن يقر بذنبه، ولكن يرد على هذا بأنه لا يجب أن نلزمه بضرورة الإقرار على نفسه، وذلك لأن المتهم هو الآخر مثله مثل الشهود مخير بين حسبتين، فكما أن الشهود مخيرون بين الادلاء بالشهادة أو الستر والستر أفضل، فان الجاني مخير بين حسبة الإقرار على نفسه لتطيرها باقامة الحد عليه، وحسبة الستر على نفسه والستر أفضل، بدليل قول الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ: «من أصاب من هذه القاذورات شيئاً فليستتر بستر الله ومن أبدى صفحته لنا أقمنا عليه الحد»[٦١].

المبحث الثالث

وقف التقادم في جرائم الحدود

لقد اتفق فقهاء الحنفية على أن التقادم يوقف للعذر متى كان الدليل هو الشهادة على الحدود التي قالوا بأن الشهادة عليها تتقادم بمرور الزمن وهي حد السرقة وحد الزنا وحد الشرب وذلك بالاتفاق بين الإمام وصاحبيه مع مراعاة الخلاف بين الإمام وأبي يوسف من جانب ومحمد من جانب آخر في شأن حد شرب الخمر، وقد أوضحنا أن تقادم الشرب عندهما بزوال الرائحة، أما عند محمد فهو بالمدة التي يتقادم بها حد الزنا وحد السرقة وهو الشهر في الرواية الصحيحة عنده. ومن الأعذار التي ذكرت باعتبارها توقف مدة التقادم أي أن المدة السابقة على وجود العذر تحسب والمدة اللاحقة على انتهاء

العذر تحسب ضمن المدة المقررة للتقادم[٦٢] المرض، أو بعد المسافة، أو الخوف، أو خوف الطريق، وقد مال أبو حنيفة وأبو يوسف في شأن شرب الخمر، لو أخذ الشهود الشارب وريحها موجودة في فمه ثم زالت الرائحة قبل وصولهم الى الإمام لبعد المسافة فإنه يجب الحد على الشارب[٦٣] وأساس هذا هو أن بعد المسافة وغيرها من الأعذار ينفي وجود التهمة في حق الشهود والتي هي أساس رد الشهادة التي تقادم عليها الزمن المحدد لردها وعدم قبولها بعد مروره، وعلى ذلك فان العذر يترتب عليه وقف مدة التقادم، وذلك لحديث المغيرة ـ رضي الله عنه ـ، فإنه كان والياً بالبصرة حين أتى الشهود الى المدينة فشهدوا عليه الزنا فكتب إليه عمر بن الخطاب رضي الله عنه، أن سلم عملك إلى أبي موسى الأشعري والحق بي، ولما حضر قيل الشهادة عليه، حتى قال بعد شهادة الواحد: أوه لقد أودى ربع المغيرة، ولذا فان تقادم الشهادة إذا كان لعذر ظاهر فانه لا يؤثر في الشهادة[٦٤].

وأيضاً لقصة الوليد بن عقبة أخي سيدنا عثمان بن عفان لأمه عندما كان والياً على الكوفة، فقد روي حصين بن المنذر الرقاشي، قال: شهدت عثمان أتى بالوليد بن عقبة من الكوفة فشهد عليه حمران ورجل آخر كانوا قد جاءوا من الكوفة الى المدينة للخليفة عثمان، فاستقدم الخليفة الوليد من الكوفة إلى المدينة، فشهد أحد الشهود أنه رأى الوليد يشرب الخمر، وشهد الآخر أنه رآه يتقيؤها، فقبل عثمان شهادتهما، وقال: انه لم يتقيأها حتى شربها، فقال لعلي بن أبي طالب: أقم عليه الحد، فأمر علي بن أبي طالب عبدالله بن جعفر فضربه الحد[٦٥].

فتلك أمثلة على أنه قد مرت فترة طويلة بين ارتكاب الحد وأداء الشهادة ولكن بالرغم من ذلك قبلت الشهادة لأن تأخيرها كان لعذر بعد المسافة بين الشهود وبين القاضي أو الحاكم وان هذا البعد، انما هو عذر يوقف مدة التقادم ويؤدي إلى نفي التهمة في حق الشهود.

ونخلص الى أن التقادم يوقف متى توافر عذر يبرره كمرض أو بعد مسافة أو خوف من صاحب جاه أو سلطان أو غير ذلك من الموانع الحسبة والمعنوية. وان تقدير مدى جدية العذر الذي يبرر وقف التقادم منوط بالسلطة التقديرية للقاضي من حيث اقتناعه به ومن ثم ترتيب الأثر عليه وهو ايقاف مدة التقادم أو عدم الاقتناع به ومن ثم عدم الاعتداد به، فإن كانت مدة التقادم قد انتهت فإنه يكون من حقه رفض قبول الشهادة للقادم وعدم الاعتداد بها في اثبات الدعوى المطروحة عليه.

الهوامش :

(١) يلاحظ أنه في حالة العفو عن القصاص في النفس وأخذ المال بدلاً منه فان الحنفية والمالكية لا يسمون ذلك عفواً بل يسمونه صلحاً ، لأن الواجب هو القصاص فقط ، وان العدول عنه إلى المال يسمى صلحاً .

(٢) ومن أمثلة التعزير حقاً لله : الأكل في نهار رمضان متعمداً بدون عذر ، ومن يحضر مجالس الشراب ، تأخير الصلاة .

ومن التعازير حقاً للفرد : حالة شتم الصبي رجلاً ، فالصبي غير مكلف بحقوق الله فيبقى تعزيره لحق المشتوم متمحضاً .

وقد يكون التعزير حقاً لله وللأفراد ، ولكن حق الله غالب ، كتقبيل زوجة الأجنبي وعناقها والخلوة بها .

وقد يكون التعزير حقاً لله وللأفراد ، لكن حق الأفراد غالب : كالتعزير في السب والشتم ، والإيذاء والجراح التي لا يمكن فيها القصاص .

راجع التعزير هي الشريعة الإسلامية : للدكتور عبدالعزيز عامر طبعة ٤ ص ٥٧ - ٥٨ .

(٣) المرجع السابق ص ٥٢٢ - التشريع الجنائي الإسلامي للأستاذ عبدالقادر عوده جـ ١ ص ٧٧٨ .

(٤) كشف الأسرار على أصول البزدوي جـ ٤ ص ١٣٤ طبعة ١٣٩٤/١٩٧٤م .

(٥) أدرار الشروق على أنوار الفروق - لابن الشاط - مطبوع بأسفل الفروق للقرافي جـ ١ ط سنة ١٢٤٤ ص ١٤٠ . ويقابل حق الله في القانون حق المجتمع - الجريمة للمرحوم الشيخ أبو زهرة ص ٦٦ .

(٦) سورة الذاريات آية ٥٦ .

(٧) الفروق لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن ادريس بن عبدالرحمن الصنهاجي المشهور بالقرافي جـ ١ ص ١٤٠ طبع دار احياء الكتب العربية سنة ١٣٤٤ هـ .

(٨) ادرار الشروق على أنوار الفروق - لابن الشاط ص ١٤٢ .

(٩) راجع في هذا : كشف الأسرار للبزدوي جـ ٤ ص ١٣٤ وما بعدها - تسهيل الوصول الى علم الأصول للقاضي الشيخ محمد عبدالرحمن عيد المحلاوي - ط سنة ١٣٤١ - ص ١٢٨ - النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية لأستاذنا الدكتور أحمد فهمي أبو سنة ص ٥٦ - طبع دار التأليف سنة ١٣٨٧ هـ - ١٩٦٧م .

(١٠) الفروق ص ١٤٠ ، تسهيل الوصول ص ٢٨٠ ، النظريات العامة للمعاملات ص ٦٣٠ .

(١١) المبسوط جـ ٩ ص ١١٠ .

(١٢) وقال الشافعية والحنابلة وفي قول لمالك هو الأظهر عند ابن راشد: حد القذف حق خالص للمقذوف، لأن القذف جناية على عرضه، وعرضه حقه فالعقاب حقه .

(١٣) كشف الأسرار للبزدوي جـ ٤ ص ١٦٤ .

(١٤) الموافقات لأبي اسحق بن ابراهيم بن موسى اللخمي القراطي الشهير بالشاطبي جـ ٢ ص ٣١٨، ٣٢٠٠ مطبعة الشرق الأدنى بالموسكي .

(١٥) سورة النساء آية ٢٩ .

(١٦) سورة البقرة آية ٢٨٨ .

(١٧) سورة الشورى آية ٤٠ .

(١٨) سورة البقرة آية ٢٨٠ .

(١٩) سورة النساء آية ٢٩ .

(٢٠) سورة البقرة آية ١٧٨ .

(٢١) الجريمة للأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة جـ ١ ص ٧١ .

(٢٢) المرجع السابق ص ٨٥ .

(٢٣) المبسوط للسرخسي الطبعة الثالثة سنة ١٣٩٨ هـ جـ ٩ ص ٣٨ . قال: «ان حد الزنا بحجة البينة لا يقام بعد تقادم العهد» ص ١٧١ قال: «واذا شهد الشهود على رجل بحد هو خالص حق الله تعالى بعد تقادم العهد لم تقبل شهادتهم ... في حد الزنا والسرقة، فإم شرط الخمر حد التقادم طوال رائحة الخمر حتى لا يقام عليظ إذا شهدوا بعد زوال رائحة الخمر ...» .

الهداية شرح بداية المبتدي للمرغيناني الطبعة الثانية سنة ١٣٩٧ هـ جـ ٥ ص ٢٢٢ قال: «تقادم العهد يمنع الشهادة دون الإقرار ص ٢٧٨ : قال: «واذا شهد الشهود بحد متقادم لم تقبل شهادتهم إلا في حد القذف خاصة» .

(٢٤) الشرح الكبير لابن قدامة طبعة ١٤٠٣ هـ جـ ١٠ ص ٢٠٥، المغني جـ ١٠ ص ١٨٧ .

(٢٥) المبسوط للسرخسي . المرجع السابق ص ١٧٧ .

(٢٦) أخرجه البيهقي وابن دقيق العبد نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني . مكتبة الكليات الأزهيرية طـ ١٣٩٨ هـ جـ ٩ ص ٢٩٠ .

(٢٧) شرح فتح القدير جـ ٥ ص ٢٧٩، الهداية مع شرح فتح القدير جـ ٥ ص ٢٨٠ .

(٢٨) المبسوط للسرخسي جـ ٥ ص ١٧١، شرح فتح القدير جـ ٥ ص ٣٠٢ الهداية للميرغيناني جـ ٥ ص ٢٨ ـ حاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين الطبعة الثانية سنة ١٩٦٦ جـ ٤ ص ٢١ ـ ٣٣ .

(٢٩) المزمرة: التحريك بعنف، والترترة: التحريك فقط .

(٣٠) شرح فتح القدير جـ ٥ ص ٣٠٣، ٣٠٤ .

(٣١) شرح فتح القدير جـ ٥ ص ٣٠٤ ـ المبسوط جـ ٩ ص ٩٧ .

(٣٢) المبسوط جـ ٩ ص ٩٧ ـ شرح فتح القدير جـ ٥ ص ٢٧٩ .

(٣٣) المبسوطة جـ ٩ ص ٩٧ .

(٣٤) رواه الحاكم . سبل السلام للصنعاني طبعة مصطفى الحلبي ١٣٧٩ هـ جـ ٤ ص ١٥ .

(٣٥) المحلي لابن حزم طبع دار الآفاق الجديدة جـ ١١ ص ١٥١ .

(٣٦) المبسوط للسرخسي جـ ٩ ص ٩٧ .

(٣٧) تبصرة الحكام لابن فرحون جـ ٢ ص ٣٩ على هامش فتح العلي المالك طبع دار المعرفة بيروت ـ الشرح الصغير للشيخ الدردير جـ ٤ ص ٤٨٩ .

(٣٨) المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس، رواية سحنون عن عبدالرحمن بن القاسم جـ ٤ ص ٤٢٣ طبع دار الفكر العربي بيروت سنة ١٣٩٨ هـ.

(٣٩) الشرح الكبير لابن قدامة المقدسي. مطبوع أسفل المغني جـ ١٠ ص ٢٠٥ طبع دار الكتاب العربي سنة ١٤٠٣ هـ المغني جـ ١٠ ص ١٨٧ .

(٤٠) النساء آية (١٥).

(٤١) المغني جـ ١٠ ص ١٨٨ .

(٤٢) مغني المحتاج للشيخ الشربيني الخطيب جـ ٤ ص ١٥١ مطبعة مصطفى محمد.

(٤٣) المحلي لابن حزم جـ ١١ ص ١٨٨ .

(٤٤) المرجع السابق.

(٤٥) سورة النساء آية ١٥ .

(٤٦) المبسوط جـ ٩ ص ٩٧، شرح فتح القدير جـ ٥ ص ٢٧٩.

(٤٧) الشرح الكبير جـ ١٠ ص ٢٠٥، ٦٠٦، المغني جـ ١٠ ص ١٨٧ .

(٤٨) الجريمة والعقوبة لأستاذنا الشيخ أبو زهرة ـ الجريمة ـ دار الفكر العربي، ص ٨٦ .

(٤٩) سبق تخريجه.

(٥٠) شرح فتح القدير جـ ٥ ص ٢٨٢ ـ الهداية مع شرح فتح القدير جـ ٥ ص ٢٨٢. المبسوط جـ ٩ ص ٧٠ .

(٥١) الأحكام السلطانية للماوردي طبعة ثانية ١٣٨٦ هـ ص ٢٢٥ .

(٥٢) المبسوط ص ٩ ص ٧٠.

(٥٣) المبسوط جـ ٩ ص ٧٠، شرح فتح القدير جـ ٥ ص ٢٨٢، والهداية جـ ٥ ص ٢٨٢ .

(٥٤) الجريمة للشيخ أبو زهرة ص ٩٤ .

(٥٥) المبسوط جـ ٩ ص ٧٠، شرح فتح القدير جـ ٥ ص ٢٨٢، الهداية جـ ٥ ص ٢٨٢ حاشية رد المحتار على الدر المختار جـ ٤ ص ٣٢ .

(٥٦) شرح فتح القدير جـ ٥ ص ٢٨٢ .

(٥٧) المرجع السابق.

(٥٨) حاشية رد المحتار على الدر المختار جـ ٤ ص ٤٠ .

(٥٩) يراجع ص ١١، ١٢ من هذا البحث.

(٦٠) رواه البيهقي سبل السلام جـ ٤ ص ١٥ .

(٦١) رواه الحاكم، سبل السلام للصنعاني جـ ٤ ص ١٥ .

(٦٢) الجريمة للشيخ أبو زهرة ص ٩٥ .

(٦٣) شرح فتح القدير جـ ٥ ص ٣٠٥، الهداية مع شرح فتح القدير جـ ٥ ص ٣٠٥ .

(٦٤) المبسوط جـ ٩ ص ٧٠ .

(٦٥) المغني جـ ١٠ ص ٣٣٢ وهي رواية مسلم.



البحــوث والدراســات القانونيــة

المبادىء الأخلاقية التي يجب أن يتحلى بها الطبيب
في ممارسته لمهنته الطبية
دراسة قانونية طبية أخلاقية اجتماعية مقارنة

بقلم الدكتور محمد رياض الخاني*

The Doctor And Medical Ethics
Juridical, Legal, Medical, Social And Ethical Aspects
- A Comparative Study -

By Prof. Dr. M. Riad Khany

(*) أستاذ القانون الجنائي وعلمي الاجرام والعقاب في كلية الحقوق بجامعة دمشق سابقاً يعمل حالياً أستاذاً للقانون الجنائي وعلمي الاجرام والعقاب بكلية الشريعة والقانون بجامعة الامارات العربية المتحدة.

له من **المؤلفات** «مبادىء علمي الاجرام والعقاب» و«شرح الجرائم الواقعة على أمن الدولة» و«جرائم الأحداث في دولة الإمارات العربية المتحدة أسبابها وطرق علاجها»، **وبحوث أخرى منها**: المظاهر القانونية لعمليات نقل وزرع القلب والتصرف باعضاء الجسم البشري، تشريح جثة الانسان للغايات العلمية والتعليمية، دور الطبيب في مكافحة الإجرام، ضرورة تدريس الطب الشرعي في كليات الحقوق بالعالم العربي، نحو علم اجتماع جنائي إسلامي، الزحف الانساني على التشريعات الجزائية العربية والأجنبية مقارناً بانسانية التشريع الجزائي الإسلامي، الوقاية من الجريمة في التشريع الجزائي الإسلامي، الانسان والإسلام، أساليب ووسائل وقاية ضحايا الجريمة من الأطفال والمسنين والنساء، دور الطبيب الوقائي في الجرائم التي ترتكب من المسنين أو عليهم، الطب والوقاية المبكرة من انحراف الأحداث نتيجة خلل في بنيتهم الفيزيولوجية أو العقلية أو النفسية مع لمحة موجزة عن حق الطفل في أن يولد سليماً، مهام الشرطة وأجهزة الأمن المختصة في الوقاية من الشغب والعنف في المباريات الرياضية.



مقدمة :

استأثرت الأعمال الطبية التقليدية العلاجية والجراحية، وما زالت، بكثير من الاهتمام على كافة الأصعدة: القانونية، والدينية الشرعية، والاجتماعية، والنفسية، والأدبية، والأخلاقية، والمالية وغيرها.

وهناك كتابات ومؤتمرات كثيرة عربية وإسلامية وأجنبية - محلية ودولية - إنبرت جميعها للكلام ومناقشة الأعمال الطبية التقليدية العلاجية والجراحية ومشروعية العمل الطبي والمسؤولية الطبية في الإطار الجزائي (الجنائي كما يسمى بمصر وبعض الدول العربية) والمدني والمهني أو المسلكي والشرعي، نتج عنها جميعاً - أو كاد - استقرار وتبلور القواعد القانونية التي تحكم الأعمال المذكورة[١]، ناهيك عن وجود قوانين عقوبات وغير عقوبات أجنبية وعربية، وكذلك قوانين ممارسة المهن الطبية قد نظمت وَقَعَّدَتْ هذه الأعمال وسلخت عمن يقوم بها - ضمن شروط معينة - صفة التجريم والمساءلة الجزائية والمدنية والمسلكية[٢].

ولا ننسى في هذا المجال الإشارة إلى أن **فقهاء الشريعة الإسلامية** قد أشبعوا المواضيع المذكورة درساً وتمحيصاً، ووصلوا إلى نتائج تكاد لا تفترق أو لا تختلف عن النتائج التي وصل إليها رجال القانون الوضعي في الإطار الجزائي والمدني والمهني أو المسلكي.

إلا أن تطور الفكر البشري وبعض الشرائح السكانية في المجتمعات العربية والإسلامية والغربية قد أبدل طبيعة الأعمال اليومية المعتادة للطبيب المعالج أو الجراح أو المُوَلِّدْ وغيرهم، بحيث أصبحت أعمالهم وأعمال من يساعدهم في ممارستها غير محصورة في الإطار التقليدي.

فالطبيب الجراح أصبح يقوم الآن بعمليات جراحية غير عادية بغية: نقل الأعضاء المزدوجة من جسم انسان حي لزرعها في جسم آنسان آخر بحاجة إليها[٣]. كما أصبح يقوم بتشريح جثة الانسان للغايات العلمية أو التعليمية أو لنقل الأعضاء منها وزرعها في جسم انسان آخر بحاجة إليها[٤].

والطبيب المُوَلِّدْ أو النسائي أصبح يقوم الآن بعمليات الاجهاض الطبي العلاجي وغير العلاجي، كما أصبح يقوم بعمليات التلقيح أو البذر الاصطناعي[٥] (Artificial Insemination) وزرع الأجنة أو ما يسمى بأطفال الأنابيب، وتحديد جنس الجنين ذكراً أو أنثـى، والتعقيـم (Sterilization) والخصـاء (Castration) وحتـى تغييـر الجنس (Transsexualism).

وطبيب التجميل أصبح الآن يقوم بعمليات تجميلية كثيرة، قد لا تستلزمها حالات الضرورة، بحيث وصلت عملياته إلى حدود تغيير الجنس من ذكر إلى أنثى وبالعكس، كما وصل بعضهم إلى القيام بعمليات تجميلية أو تشويهية على أجسام وأعضاء بعض المجرمين لافلاتهم من يد العدالة.

والطبيب الذي يعمل في السجون والمؤسسات العقابية وغير العقابية كالاحترازية والاصلاحية، أو الطبية والعلاجية، أو دور التوقيف أو الاعتقال أو التحقيق وغيرها، أصبح الآن يساهم ويساعد في أعمال التعذيب المختلفة التي تمارس في هذه المؤسسات المختلفة على المشتبه بهم أو الموقوفين وحتى المحكوم عليهم، خلافاً للقوانين والأنظمة وللمبادىء الأخلاقية التي يجب أن يتمتع بها هذا الطبيب، وخلافاً للتشريعات والمبادىء المختلفة التي أخذت بها وتبنتها الأمم المتحدة في مناسبات مختلفة بتحريم وتجريم أعمال التعذيب (Torture) أو المساعدة عليها أو المشاركة فيها بأية صورة كانت.

كما صرنا نقرأ ونسمع الآن أن بعض الأطباء يشارك أثناء عمله وتواجده في المؤسسات المذكورة سابقاً، بأعمال وتصرفات واجراءات يصعب مواءمتها مع آداب مهنة الطب ومع قَسَمِ أبي قراط الطبي (Hippocratic Oath) الذي قسمه عند تخرجه من كلية الطب أو أي قَسَمٍ آخر تعهد باحترام مضمونه.

مثال ذلك اعطاء المشتبه به (Suspected Person) أو الموقوف أو المتهم قبل الاستجواب من قبل الشرطة وغيرها من أجهزة أمنية أو غير أمنية أو قضائية، أدوية أو عقاقير طبية وغير طبية غايتها شلّ مقاومته وتسهيل اعترافه بالجريمة المرتكبة أو بغيرها، كما قد يساهم في غسل دماغ أحد هؤلاء المذكورين، أو في عمليات التعقيم (Sterilization) أو الخصاء (Castration) وحتى الاجهاض أو غير هذه الأفعال التي يعتقد بأن أي واحد منها سيؤدي إلى استئصال شأفة الإجرام أو القضاء على حالة الخطورة (Dangerousness) لدى أحد الأشخاص المذكورين ذكراً كان أم أنثى، ومهما كان شكله أو نوعه.

كما صار بعض الأطباء يشارك ويساهم في اجراء التجارب الطبية غير المشروعة (Unlawful Medical Expermentation) على الموقوفين وغير الموقوفين من المحكومين، وخاصة المحكوم عليهم بعقوبة الاعدام. سواء أتمت هذه التجارب بموافقتهم الحرة أو بدون موافقتهم[٦].

كما صار بعض الأطباء يجري هذه التجارب على الأشخاص العاديين وغير العاديين من رعايا العدو وأسراه الأمر الذي أوجب محاكمة بعضهم أمام المحكمة العسكرية في مدينة نورينبيرغ بألمانيا عقب الحرب العالمية الثانية، والحكم على بعضهم بعقوبات الاعدام وعلى آخرين بعقوبات أخرى مانعة للحرية[٧].

ولا ننسى أيضاً الإشارة لمشاركة بعض الأطباء في أخذ ونقل الأعضاء المزدوجة من جسم السجين أو الموقوف وزرعها في أجسام مرضى آخرين من السجناء أو الموقوفين وغيرهم بحاجة إليها، سواء أتمت هذه العمليات في نقل وزرع الأعضاء (Organs Transplantation) بموافقة المنقولة منه أم لا[٨].

كما لا ننسى الإشارة إلى قيام بعضهم بتشريح جثة المحكوم عليهم ونقل الأعضاء منها وزرعها أو الاستفادة منها بأشكال مختلفة، رغم أن المحكوم عليه لم يوافق على تشريح جثته لا صراحة ولا ضمناً أثناء حياته.

ويمكن أن نضيف لهذه الأمور والحالات أيضاً، الاستحصال على الدم (Blood Transfusion) من السجين أو المحكوم عليه لنقله لشخص آخر سجيناً كان أم طليقاً وحتى لبيعه أو ارساله لدولة أخرى كما يحصل في إسرائيل حيث يقوم عدد من الأطباء بأخذ الدم من السجناء والموقوفين العرب.

وقد نجد بين الأطباء المذكورين سابقاً وبعض الأطباء من أصحاب الاختصاصات المختلفة من يُقْدِمُ الآن على أعمال يمكن وصفها بالجرائم مثال ذلك:

- **اجراء التجارب الطبية والدوائية غير المشروعة** (Unlawful Medical Experimentations) على العديد من الأشخاص المرضى أو الأصحاء في دولة هذا الطبيب أو في دول فقيرة أخرى، أو على الموقوفين والسجناء المحكومين بعقوبات مختلفة والمحكوم منهم بعقوبة الاعدام بصورة خاصة، وعلى الأسرى أو رعايا العدو المدنيين، وحتى على طلابهم في كليات الطب والصيدلة. **وذلك دون التقيد بأبسط القواعد الفنية والقانونية والانسانية التي تستلزمها هذه التجارب، فضلاً عن اعتبارها استقلالاً للسلطة (Above us Of Power).**

وقد كشفت **محاكمات نورينبيرغ العسكرية** التي اعقبت انتهاء الحرب العالمية الثانية تورط العديد من الأطباء الألمان في القيام بتجارب طبية وبيولوجية ودوائية تقشعر لها الأبدان وتشيب من هولها الولدان، على العديد من الأسرى والجرحى ورعايا العدو المدنيين، الأمر الذي استتبع صدور الأحكام الكثيرة على بعضهم بالاعدام وعلى البعض الآخر بعقوبات مانعة للحرية[٩].

- **اعطاء شهادات كاذبة عن نجاعة أو صحة دواء معين دون أن تكون الدراسات والتجارب الضرورية عليه قد استكملت**. كما حدث في ألمانيا الغربية

بالنسبة لدواء التاليدوميد والآثار الضارة والتشوهات الولادية التي نتجت عنه.

ونشير هنا بصورة خاصة لموضوع أو مقالة «ووترغيت طبية ـ **في الولايات المتحدة ـ يبيعون حياة الناس لقاء حفنة من الدولارات**» المنشور في الصفحة التاسعة من جريدة «**الفجر**» الصادرة في دولة الإمارات العربية المتحدة بتاريخ ٢٠ نوفمبر تشرين الثاني من عام ١٩٨٦. وهو تعريب للوثيقة السرية التي حصلت عليها **مجلة العلم والحياة الفرنسية** للجلسة السرية التي عقدتها لجنة شؤون الصحة في مجلس الشيوخ الأميركي برئاسة السيناتور **ادوار كندي** بتاريخ ١٩٧٩/٥/٣ والمتعلقة بجرائم رشوة وتزييف وتزوير وبيانات كاذبة وغش في عقاقير طبية بقصد بيعها وترويجها من قبل أطباء أميركيين كبار.

ـ **الاجهاز على المريض الميؤوس من شفائه عن طريق الموت الرحيم (Mercy Killing)** أو (Euthanasia) إمّا بقطع وسائل الانعاش (Reanimation) أو بأية وسيلة أخرى، أو قتل المسنين المتواجدين في دور العجزة تخلصاً من العناية بهم، أو قتل الوليد الذي ولد مشوهاً (Monsters) بتشوهات ولادية أو مكتسبة بناء على طلب الأهل[١٠]، أو قتل الجنود الجرحى أو المرضى في الحرب الذين لا يرجى، أو يعتقد بأنه، لا يرجى لهم شفاء بناء على الحاحهم أو استجابة لرغبة رؤسائهم وقادتهم، كما فعل نابليون بونابارت بعد أن انتشر الطاعون بين جنوده اثناء حصاره لمدينة عكا وطلبه من طبيبه المشهور دي جينيت (Des Genetts) الاجهاز عليهم. إلا أن دي جينيت أبى ذلك رافضاً أوامر نابليون وقائلاً كلمته المشهورة: **ان واجبي شخصياً هو المحافظة على الحياة وليس اهدارها**».

ـ **اجراء عمليات التعقيم** (Sterilization) **أو الخصاء** (Castration) الاجباري بأمر من السلطة في الدولة بغية تحديد النسل، كما فعلت ذلك **انديرا غاندي** رئيسة وزراء الهند السابقة[١١].

أو اجراء عمليات التعقيم أو الخصاء على أسرى ورعايا العدو المدنيين **أو بهدف ابادة الجنس البشري (Génocide)** الأمر الذي استتبع النص على تحريم مثل هذه الأفعال **باتفاقيات جنيف الأربع** الموقعة في جنيف عام ١٩٤٩ والتي انضمت إليها أكثر دول العالم، وكذلك في الاتفاقية الدولية التي حَرَّمَتْ إبادة الجنس البشري (Génocide) والموقعة بتاريخ ١٩٥١/١/١٢.

أو اجراء عمليات التعقيم أو الخصاء على الموقوفين والمعتقلين والمحكومين بعقوبات مانعة للحرية ـ كما هو الحال في بعض الولايات المتحدة الأميركية بالنسبة للمجرمين الذين يرتكبون جرائم جنسية ولا أخلاقية معينة، وللمحكومين بعقوبات هذه الجرائم ـ، كما ذكره البروفسور **نيكولاس كيتري** (Nicholas Kittrie) في كتابه القيّم «**الحق في أن**

تكون مختلفاً » (The Right to be different - The Johns Hopkins press U.S.A. 1974.
أو اجراء التعقيم أو الخصاء على المرضى الذين يعانون من أمراض وراثية عقلية أو عضوية، كما فعلت ألمانيا النازية استناداً لقانون التعقيم الصادر لديها بتاريخ ١٩٣٣/٧/١٤ حيث تمكنت عام ١٩٣٤ من تعقيم ما يقرب من ٤٥ ألف نسمة.

الجرائم الطبية الناتجة عن استخدام الأساليب الفنية الطبية الحديثة[١٢]:

أمام تطور وتشعب وكثرة الأساليب الفنية الطبية الحديثة التي ذكرنا بعضها فيما سبق، وانغماس بعض الأطباء في طلب الشهرة الزائفة أو الرغبة الملحة في الثراء السريع، والنتائج المحزنة التي نتجت عن استعمال بعض الأساليب الفنية الطبية الحديثة، فقد تورط قسم من الأطباء ومساعديهم في بعض الجرائم الطبية الصرفة أو البحتة، إمّا لكونها تتصف بصفات فنية وتقنية معينة، أو لأن من يقوم بها من بعض الأطباء أو الذين يعملون في الحقل الطبي والعلوم الطبية المساعدة من ممرضين وممرضات أو قابلات يتصفون بصفات فنية وتقنية خاصة، بحيث يصعب على غيرهم، أو لا يمكن لغيرهم، القيام بها مثال ذلك:

١ ـ **استئصال عضو من الأعضاء المزدوجة من جسم انسان حي لزرعه في جسم انسان آخر بحاجة إليه**. إذا كانت غاية الطبيب الشهيرة أو الربح والمتاجرة، أو دون مراعاة الشروط القانونية والطبية لعمليات الأخذ والنقل أو الزرع كالتأكد من سلامة العضو المراد زرعه، أو سلامة الجسم المأخوذ منه والجسم المراد زرعه به، أو شروط طبية فنية أخرى كظاهرة اللفظ وموافقة الواهب والموهوب له وغير ذلك من أمور استعرضناها مفصلا في بحثنا الذي أشرنا إليه في الهامش رقم (٣) من هذا الموضوع وبحثناها مفصلاً بالصفحات ٧ ـ ٢٤ منه.

وقد كثرت في الآونة الأخيرة عمليات نقل وزرع الأعضاء في العديد من الدول، الأمر الذي دفع الكثير منها إلى استصدار التشريعات القانونية الناظمة لها، مثال ذلك قانون زرع الأعضاء الصادر في سورية بتاريخ ١٩٧٢/٨/٢٣ تحت رقم ٣١.

كما كثر الكلام أيضاً عن المبادىء الأخلاقية التي يجب أن تتوافر في الطبيب الذي يقوم بعملية الأخذ، وبالطبيب الذي يقوم بعملية الزرع[١٣].

ونرانا هنا أمام ضرورة الإشارة إلى «**ندوة زراعة الأعضاء بين الشرع والتشريع**» التي عقدت في شهر ديسمبر/كانون الأول من عام ١٩٨٦ في مستشفى راشد بمدينة دبي في دولة الإمارات العربية المتحدة، والمنشورة في الصفحة الحادية عشرة من جريدة «**الاتحاد**» الصادرة بالإمارات العربية المتحدة بتاريخ ١٩٨٦/١٢/٢٢.

٢ ـ استئصال عضو من جثة انسان متوفى لزرعه في جسم انسان مريض بحاجة إليه، اذا كانت غاية الطبيب الشهرة أو الربح أو المتاجرة، أو دون مراعاة الشروط القانونية والطبية لعملية التشريح، كالتأكد من حصول الوفاة من خلال علائم الوفاة المعروفة أو علائم الوفاة الطبية بالرجوع إلى المخطط القلبي الكهربي (Electrocardiogram) أو المخطط الدماغي الكهربي (Electroencephalogram)، أو احترام الجثة واعادتها لوضعها الطبيعي قبل التشريح. ناهيك عن الشروط القانونية الأخرى مثل موافقة المتوفى قبل وفاته على تشريح جثته وأخذ الأعضاء منها، أو موافقة من له الحق قانوناً.

واستطراداً نقول بأن المادة الرابعة من قانون زرع الأعضاء السوري رقم (٣١) المشار إليه آنفاً قد تنبهت للاساءات التي يمكن أن تقع عند تشريح الجثة للغايات العلمية والتعليمية أو من أجل التأكد من أن صاحبها غير مصاب بمرض وبائي، فقالت: **يجب ألاّ يؤدى نقل الأعضاء إلى إحداث تشويه ظاهر أو تغيير في ملامح جثة المتوفى**»[١٤].

٣ ـ قطع وسائل الانعاش عن مريض لا لأنه ميؤوس من شفائه، بل بتحريض من الورثة بغية التعجيل بوفاة مؤرثهم واقتسام التركة التي سيخلفها بوفاته مع الطبيب نفسه في بعض الأحيان.

وسنعرض فيما بعد كلما استطعنا إلى ذلك سبيلاً للشروط المفروض في الطبيب التحقق منها قبل قطع وسائل الانعاش (Reanimation) كي يتجنب الزلل أو المسؤولية، خاصة وان بعض الدول تريد الآن أن تشرك مع الطبيب بعض الأجهزة القضائية التي يعود لها البت بأمر قطع هذه الوسائل، الأمر الذي زاد في الاشكالات المتعلقة بقطع هذه الوسائل خاصة اذا كنّا أمام أجهزة قضائية مثل قاضي التحقيق أو قاضي النيابة تبعد بعداً كبيراً عن المشاكل والمسائل الطبية المعقدة.

٤ ـ اجراء عملية التلقيح الاصطناعي (Artificial Insamination) غشاً وخداعاً أو احتيالاً. وذلك بتلقيح المرأة المتزوجة في التلقيح الاصطناعي التام (Eterologo) بسائل مَنَوِيْ من شخص غير زوجها. أو تلقيح المرأة متزوجة أو غير متزوجة بسائل مَنَوِيْ ليس له صفة السائل المذكور ـ كما حصل ذلك قبل عدة سنوات في لندن ـ، أو باستخدام سائل غير نظيف أو بسائل مأخوذ من رجل مريض بأمراض مختلفة، وما قد يتسبب عن ذلك من أمراض تلحق بالمرأة المُلَقَّحَةِ أو بجنينها سواء أكانت أمراضاً وراثية أو غيرها. وأهمها الآن مرض **الايدز** (Aids) **أو السيدا** (Sida) كما يسمى في بعض الدول الأوروبية والمتعارف عليه في الدول العربية بمرض **نقص المناعة**.

وقد سبق لنا استعراض الجرائم الكثيرة التي تتفرع أو تتصل بعملية التلقيح

الاصطناعي في الندوة التي دعت إليها نقابة الأطباء في دمشق بتاريخ ١٩٧١/٥/١٨ لمناقشة «هل يعتبر التلقيح الاصطناعي أو البذر الاصطناعي زنى أم لا»؟ والتي لم تنشر أبحاثها حتى الآن.

والجدير بالذكر ان **مجمع الفقه الإسلامي** قد عقد دورته الثالثة في مدينة عمّان بالأردن ما بين ١١ ـ ١٦ تشرين الأول أوكتوبر من عام ١٩٨٦م، وبحث فيما بحثه من مواضيع، **أطفال الأنابيب (التلقيح الصناعي)**.

كما كان **التلقيح الاصطناعي** وما يتفرع عنه من **تأجير للأرحام** كما يسميه البعض، موضوع نقاش في «**المؤتمر الطبي الإسلامي الدولي**» الذي عقد في القاهرة من ٢ ـ ٥ شباط/فبراير من عام ١٩٨٧[١٥].

٥ ـ **اجراء عمليات التعقيم** (Sterilisation) أو **الخصاء** (Castation) **بغية تحديد النسل أو بهدف إبادة الجنس البشري** (Génocide) **على موقوفين أو محكومين أو على أشخاص عاديين، أو على جرحى أو أسرى أو رعايا العدو المدنيين المعتقلين أو غير المعتقلين.**

وقد سمعنا مؤخراً عن قيام بعض الأطباء الإسرائيليين في الأراضي المحتلة بتعقيم بعض النسوة العربيات دون علمهن أو بالاحتيال عليهن واقناعهن في بعض الحالات بضرورة اجراء بعض التداخلات الجراحية بهدف انقاذ حياة المريضة العربية من أمراض خبيثة كالسرطان في الرحم وما شابه ذلك، بينما كان هدف الطبيب الإسرائيلي حرمان تلك المرأة العربية من الإنجاب في المستقبل انقاصاً لأعداد العرب الذين يتصفون بوفرة الإنجاب مقابل اعداد الإسرائيليين الذين يعانون من النقص في الإنجاب.

وهذه الأفعال في حال ثبوت صحتها فهي جرائم حرمتها اتفاقية جنيف الرابعة الموقعة عام ١٩٤٩، فضلاً عن كونها جريمة من جرائم إبادة الجنس البشري (Génocide).

وحسب رأينا فهي لا تختلف عن الجرائم التي ارتكبها عدد من الأطباء الألمان في الحرب العالمية الثانية وكانت السبب في الحكم على بعضهم بعقوبة الاعدام وعلى البعض الآخر بعقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة أو مدى الحياة.

وتأكيد لما سبق وذكرناه عن لجوء الأطباء الصهاينة إلى تعقيم النساء الحوامل وخصاء الذكور كباراً وصغاراً في الأراضي المحتلة.

فقد قالت جريدة «**الاتحاد**» الصادرة في دولة الامارات العربية المتحدة، في عددها رقم/٥١٩٧/ الصادر يوم الثلاثاء في ١٩٨٨/٦/٢٨ أن جريدة «**هاآرتس**» الإسرائيلية قد ذكرت بأن مواطني قطّاع غزة المحتل قد كشفوا أن الجنود الإسرائيليين يحقنون الشبان العرب بطعوم العقم وان عملية الحقن تتناول الشبان الفلسطينيين الذين يتم اعتقالهم.

وكشف مواطنو غزة أن جنـود الاسعـاف يحقنـون الشبـان الذيـن يصـابـون أثنـاء الاشتباكات قبل نقلهم إلى المستشفيات، وان هذه الحقن تتم في الظَهْرِ.

٦ ـ اجراء تجارب بيولوجية أو طبية أو دوائية غير مشروعة على أشخاص لم يعطوا موافقاتهم عليها بحرية تامة (Consensus) سواء أكانوا سجناء أو أسرى أو أشخاص من دول فقيرة معدمة اقتصادياً ومالياً، وذلك بهدف الربح أو الشهرة أو الترف العلمي للشخص الذي قام بها.

وقدذكرنافي الصفحتين ١٣٣ و١٣٤ من هذا الموضوع شيئاً عن التجارب الطبية غيـر المشروعة التي يجريها الأطباء وغيرهم من العاملين بالحقل الطبي.

وقد يبالغ بعض الأطباء ممن يعملون في حقل التجارب الطبية في احترام الذات الانسانية دون تفريق بين سجين أو محكوم عليه أو غير سجين، فيجرون بعض التجارب الطَبية حتى على أنفسهم أو على أولادهم وأقربائهم.

فقد ذكر القاضي البولوني زبيغينيو زاواديسكي (Zbigniew Zawadzki) في الصفحة الثانية من الموضوع الذي قدمه إلى مؤتمر «**المظاهر القانونية لعمليات زرع القلب والتصرف بأعضاء الجسم البشري**». الذي عقد في مدينة بيروجيا (Perugia) بايطاليا ما بين ٣ ـ ١٣ أيلول/سبتمبر من عام ١٩٦٩ ـ والذي كان لنا شرف حضوره ـ ان الطبيب الأميركي البولوني الأصل **سالك** (Salk) مكتشف مصل شلل الأطفال، كان قد أجرى تجاربه بادىء ذي بدء على القردة ثم على أولاده بالذات، ومن ثم على أطفال أشخاص آخرين. كما وان الطبيب رونديل (١٥٠٩ ـ ١٥٦٦) أستاذ علم التشريح في جامعة مونبيليه بفرنسا، قام بتشريح جثة طفله الوحيد أمام تلاميذه، فضرب مثلاً عالياً في التضحية بمشاعره وعواطفه الأبوية أمام واجبه العلمي.

والجدير بالذكر ان الدكتور **شريف بسيوني** (Cherif Bassiouni) قد عَرَّفَ بالصفحتين ٨٥ و٨٦ من كتابه «**القانون الجنائي الدولي** (International Criminal Law) التجربة الطبية غير المشروعة (Unlawful Medical Experimentation) وقد أوردنا التعريف المذكور في الصفحة ١٩٦ من موضوعنا هذا فليرجع إليه من يشاء.

وبدهي أن من يخضع لتجارب طبيب أو دوائية أو غير دوائية وحتى بيولوجية دون رضاه أو موافقته الصريحة يعتبر **ضحية** يستأثر باهتمام «**علم الضحية** Victimology».

وقبل الانتهاء من هذا العرض المختصر لموضوع التجارب الطبية غير المشروعة، نود القول بأن المشاركين في مؤتمر «**حقوق الانسان في محيط أو حقل الطب الشرعي (Human Rights in the field of forensic medicine** الذي عقد في مدينة مِيسِّينا (Messina) بايطاليا ما بين ٢٤ ـ ٢٩ آذار/مارس من عام ١٩٨٠ ـ والمشار إليه سابقاً ـ، قد اقترحوا على الأمم المتحدة **صياغة قواعد خاصة بالتجارب الطبية على السجناء**

والموقوفين لادخالها وضمها لمجموعة «قواعد الحد الأدنى لمعاملة المسجونين Standard Minimum Rules For the Tratment of Prisoners ». التي سبق أن تبنتها عام ١٩٥٧ . بعد أن أقرها المؤتمر الأول للوقاية من الجريمة ومعاملة المذنبين الذي عقد في جنيف بسويسرا عام ١٩٥٥ .

First. U.N. Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders.

كما اقترحوا على الأمم المتحدة **صياغة قواعد خاصة بالتجارب الطبية على الأطفال** لادخالها وضمها الى «**الاعلان الخاص عن حقوق الطفل** Déclaration des droits de l'enfants ». الصادر عن الأمم المتحدة بتاريخ ٢٠ تشرين الثاني/نوفمبر من عام ١٩٥٩ ، والمؤلف من عشر مواد .

ونحن نعتقد بأن مواد هذا الاعلان رغم كونها متضمنة لمنع كل اساءة أو استغلال أو اذلال للطفل، فهي لا تكفي لتوكيد سلامته الجسدية ووقايته من عبث العابثين، الذين قد يستغلون ضعفه الفيزيولوجي أو العقلي أو المادي أو غير ذلك ويخضعونه **لتجارب طبية ودوائية وبيولوجية** رغم ارادته ـ التي لا يعتد بها أصلاً ـ قد يكون لها الآثار السلبية على صحته الفيزيولوجية أو العقلية .

ويصدق القول المذكور أعلاه على «**ميثاق حقوق الطفل العربي**» الذي أقره مؤتمر وزراء الشؤون الاجتماعية العرب في شهر كانون الأول عام ١٩٨٤، والذي جاء هو الآخر أيضاً خالياً من أي نص يصون الطفل العربي من عبث العابثين وخاصة في اطار اخضاعه للتجارب البيولوجية أو الطبية أو الدوائية .

ونرانا هنا أمام ضرورة تكرار ما سبق وقلناه في صفحات سابقة من أن الأمم المتحدة ساعية الآن لتنظيم وتقعيد التجارب الطبية المشروعة، واعتبار التجارب الطبية غير المشروعة جريمة من الجرائم الدولية، فضلاً عن اعتبارها جريمة من جرائم ابادة الجنس البشري (Génocide) الواردة في الاتفاقية الدولية الموقعة من قبل الأمم المتحدة بتاريخ ١٩٥١/١/١٢ والتي انضمت إليها أكثر دول العالم[١٦] .

٧ ـ القيام بعملية اجهاض غير طبي (Illegal Abortion) بهدف اخفاء جريمة من الجرائم مستغلاً بذلك ضعف المرأة (الضحية) وحاجتها أو حاجة غيرها لستر فضيحة من الفضائح .

والجدير بالذكر ان الدول التي سلخت مؤخراً صفة التجريم عن الاجهاض مثل فرنسا وايطاليا واعتبرته فعلاً مباحاً ضمن شروط معينة، قد اندفعت بذلك لتخليص بعض النسوة من عمليات الاستغلال والابتزاز التي كان ولا يزال يمارسها عدد غير قليل من الأطباء والقابلات والمولدات وما كان يواكب أعمال هؤلاء جميعاً من أخطار

فيزيولوجية ونفسية وغيرها كانت تودي بحياة الكثير من الحوامل اللواتي كُنَّ يردن التخلص من الجنين بأي ثمن.

ونحن نعتقد أن الاجهاض الذي لا يُعَرِّضْ الطبيب أو القابلة لأية مساءلة جزائية أو مدنية أو مسلكية (مهنية) هو الذي يتم انقاذاً للأم الحامل، أو للتخلص من جنين ثبت طبياً انه مصاب بمرض وراثي.

وما يزال تجريم أو نزع صفة التجريم عن الاجهاض موضوع جدل فقهي وغير فقهي في العديد من الدول بما في ذلك الدول التي أباحت جميع أنواعه.

ونشير هنا بصورة خاصة إلى الخلافات الموجودة وبكثرة بين المؤيدين للاجهاض بكافة أشكاله وأنواعه وبين المعارضين له باعتباره من الجرائم التي تمس المجتمع.

فقد ذكرت جريدة «**الفجر**» بدولة الإمارات العربية المتحدة في الصفحة السابعة من عددها الصادر بتاريخ ١٩٨٧/١/٣١ ملخصاً عن الحملة الواسعة والتظاهرات الضخمة التي تجري الآن في أميركا ضد القانون الذي كان قد صدر فيها عام ١٩٧٣ وأباح الإجهاض. وكيف لجأ الآن حملة لواء المعارضة ضد الإجهاض في أميركا إلى تصوير أفلام خاصة عن عمليات الإجهاض وتفتيت الجنين في رحم أمه بشكل يقزز النفس ويثير اشمئزاز المشاهد لها.

٨ ـ القيام بعملية تغيير جنس الانسان من مذكر إلى مؤنث وبالعكس أو تغيير انسان ما من ذكر إلى أنثى وبالعكس وبهدف غير طبي.

هناك حالات كثيرة يلجأ بها الطبيب لتغيير جنس الانسان من ذكر إلى أنثى وبالعكس لا نرى ضرورة لذكرها هنا بالتفصيل.

وكثيراً ما نسمع عن هذه العمليات في حياتنا اليومية، وان امرأة ما كانت متزوجة ولها أولاد قد انقلبت إلى رجل ثم تزوج بامرأة والعكس بالعكس.

وحالات تغيير جنس الانسان (Transsexualism) التي تقتضيها ضرورات فيزيولوجية ملحة لا تثير أي اشكال على الصعيد الطبي، وان كانت تثير اشكالات على الصعيد الاجتماعي والمدني وصعيد الأحوال الشخصية وحقوق الأسرة أو العائلة وقيود الأحوال المدنية وتغيير الأسماء وحقوق المواريث وغير ذلك من أمور.

وقد تنبهت بعض الدول لمثل هذه الأمور فاستصدرت تشريعات خاصة حفظت بها للانسان الذي يضطر لاجراء عملية يُغَيِّرْ بها جنسه عدداً من الحقوق أهمها حقه في تبديل اسمه وحقه في الإرث، مثال ذلك القانون رقم (١٦٤) الصادر في ايطاليا بتاريخ ١٤ نيسان/ابريل من عام ١٩٨٢[١٧].

أما حالات تغيير جنس الانسان من ذكر إلى أنثى وبالعكس والتي تثير أو قد تثير الاشكالات على الصعيد الطبي والمتعلقة باخلاقيات الطبيب، فهي التي ينقاد فيها

الطبيب بدوافع أخرى غير طبية وغير أخلاقية، كأن يهدف من هذه العمليات مثلا **مساعدة الفاعل على الهرب من وجه العدالة وتضليل أجهزة التحقيق الجنائي أو القضائي**، أو أن يكون هدفه منها ليس مساعدة طالب اجراء العملية تخلصاً مما يعانيه من آلام فيزيولوجية ونفسية واجتماعية مختلفة، بل **مساعدته على ارتكاب جرائم جنسية مختلفة أو ممارسة الدعارة**، كما هو الحال بالنسبة لبعض الأشخاص في أوروبا أو في جنوب شرقي آسيا الذين يطلق عليهم اسم (Mister-Lady)(١٨).

ولا ننسى بهذه المناسبة الاشارة إلى أن عدداً ممن يمارس الفعاليات والعلاجات الطبية والدوائية المختلفة قد يقدم في بعض الأحيان على حقن الأشخاص ذكوراً أو إناثاً بهرمونات مختلفة غايتها **ابدال الجنس من رجل إلى امرأة وبالعكس لغايات بعيدة في بعض الأحيان عن الغايات الطبية والعلاجية**، الأمر الذي قد ينشأ عنه ضياع الانسان بين الذكورة والأنوثة، وقد صاروا يشكلون الآن أعداداً كبيرة في العالم.

٩ ـ نقل الدم (Blood Transfusion):

قد يقدم الطبيب أو أحد مساعديه على أخذ دم من أحد الأشخاص دون التأكد من سلامة هذا الشخص البدنية أو الفيزيولوجية أو النفسية.

كما قد يقدم هذا الطبيب أو أحد مساعديه على نقل هذا الدم لشخص آخر بحاجة إليه دون التأكد من تماثل الزمرة الدموية أو خلو الدم من أي مرض من الأمراض الوبائية أو الوراثية أو مرض الايدز (Aids) ـ فقدان المناعة ـ.

ويقع على عاتق الطبيب أو أحد مساعديه مسؤولية **تنبيه الشخص الذي أخذ منه الدم سواء أكان متبرعاً أم لا وكذلك الشخص المراد نقل الدم إليه**، خشية أن يكون أحدهما ممن يرفضون مثل هذا الاجراء، أو أن تكون موافقتهم عليه قد أخذت بالقوة أو بالمراوغة أو الخداع، أو أن تكون معتقداتهم الدينية أو الاجتماعية أو الفلسفية تمنع عليهم التبرع بالدم أو القبول بنقله إليهم.

وما يهمنا هنا بصورة خاصة هو موضوع أخذ الدم **من السجناء والموقوفين وحتى المحكومين**، لأن ارادة هؤلاء هي مشلولة لعدم وجود الرضا المتبصر (Consensus) ويمكن لنا أن نلحق بالسجناء، **رعايا العدو المدنيين أو أسرى الحرب والأقليات الدينية والعرقية واللونية واللغوية** المتواجدة في دولة من الدول، لأن الجميع باستثناء السجناء العاديين قد حمتهم اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩ كما حمتهم اتفاقية منع ابادة الجنس البشري (Génocide) التي تبنتها الأمم المتحدة بتاريخ ١٩٤٨/١٢/٩ وأصبحت نافذة المفعول بتاريخ ١٩٥١/١/١٢ وقد أشرنا إليها بأكثر من مناسبة.

وقبل الانتهاء من هذا الموضوع نود الإشارة إلى **العوائق الدينية والعرقية واللونية** التي قد تقف في وجه **نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء** من جهة **ونقل الأعضاء من**

الموتى وزرعها في أجسام الأحياء الذين هم بحاجة ماسة إليها، وكذلك موضوع **نقل الدم** وأيضاً اجراء **اللقاحات المختلفة على الأطفال بصورة خاصة**.

فقد عرض لهذا الموضوع الهام الأستاذ الهولندي أكفيلد (Akveld) أثناء انعقاد المؤتمر السابع للطب القانوني في مدينة غاند عام ١٩٨٥، World Congress On Medical Law-Gent, 18-22 VIII-1985.، الذي كان لنا شرف حضوره ممثلين لكلية الحقوق بجامعة دمشق.

وأشار إلى أن هناك أقليات عرقية ودينية ولونية مختلفة في هولندا ترفض حتى تلقيح أولادها بلقاحات ضد الأمراض المختلفة منطلقة من اعتقادات واعتبارات دينية وعرقية مختلفة.

ونحن وان كنا نحترم هذه الاعتقادات والاعتبارات المختلفة فاننا نرى أن سلوك الأهل في مثل هذه الحالات يعتبر تعنتاً أو تَزَيُّداً أو انغلاقاً قد ينتج عنه اصابة أطفالهم بأمراض عديدة أهمها **شلل الأطفال والكساح** وغير ذلك من أمراض يدفع الطفل ثمنها باهظاً فيما بعد.

واستطراداً نقول بأن مدير جامع باريز قد سبق له الافتاء بعدم جواز المساس بالجثة وعدم جواز نقل أي عضو منها لزرعه في جسم انسان مريض بحاجة إليه مستثنياً بذلك جميع المسلمين في فرنسا ولو تمتعوا بالجنسية الفرنسية من أحكام قانون نقل وزرع الأعضاء البشرية الفرنسي رقم ١١٨١ لعام ١٩٧٦ لأنه اعتقد ان الشريعة الإسلامية تُحَرِّمْ المساس بالجثة وأخذ الدم أو نقله.

وقد إنْتُقِدَ رأي مدير جامع باريز من قبل الدكتور **حسام الدين كامل الأهواني** في الصفحة ١٥٥ من بحثه «**المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية**» المنشور عام ١٩٧٥ بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية بالقاهرة. كما كرر هذا الانتقاد في الصفحة ٣٧٢ من بحثه «**تعليق على القانون الفرنسي رقم /١١٨١/ لسنة ١٩٧٦ بشأن نقل وزرع الأعضاء البشرية**» المنشور في العدد الثاني من مجلة الحقوق والشريعة الصادرة عن جامعة الكويت في شهر يوليو ـ تموز من عام ١٩٧٨ ـ المرجع السابق ـ.

كما إنْتُقِدَ من أشخاص آخرين وذلك لأن فقهاء الشريعة الإسلامية قد أقر وانقل الأعضاء المزدوجة، وتشريح الجثة للغايات العلمية والتعليمية، كما أقر وأنقل الدم وغير ذلك من أمور ضرورية، استناداً الى أن **الضرورات تبيح المحظورات** واستناداً أيضاً للعديد من الآيات القرآنية الكريمة مثال ذلك: ﴿**يخرج الحي من الميت ويخرج الميت من الحي**﴾ (سورة الروم).

وقد سبق لنا معالجة سماح الشريعة الإسلامية بهذه العمليات في الصفحتين ١٤ و١٥

من موضوعنا «**المظاهر القانونية لعمليات نقل وزرع القلب والتصرف بأعضاء الجسم البشري**» المنشور في الصفحات ٥ ـ ٢٩ من العدد الأول من المجلة الجنائية القومية الصادرة في القاهرة بشهر مارس/آذار ١٩٧١، مستندين أيضاً إلى فتوى مفتي الأزهر الشيخ **محمد عبداللطيف المسكي** التي أعطاها عام ١٩٦٨ والمنشورة في الصفحة السابعة من جريدة «**الأهرام**» المصرية الصادرة بتاريخ ١٢/١٢/١٩٦٨ والتي اجاز بموجبها نقل مختلف أعضاء جثة انسان متوفى وزرعها في جسم انسان آخر بشرط وجود حالة ضرورة، وبعد الحصول على موافقة الواهب في حياته، أو موافقة أسرته بعد وفاته قياساً على نقل الدم.

والجدير بالذكر ان **المؤتمر الطبي الإسلامي الدولي** الذي انعقد في القاهرة ما بين ٢ ـ ٥ شباط/فبراير من عام ١٩٨٧ **قد أقر مشروعية نقل أعضاء أجساد الموتى للأحياء**. استناداً **لحالة الضرورة** التي تبيح المحظور واستناداً أيضاً للآية الكريمة القائلة بما معناه «ان من أحيا نفساً فكانما أحيا الناس جميعاً» (المائدة ٣٢).

١٠ ـ المساعدة في أعمال التعذيب Torture.

سبق أن ذكرنا بأكثر من مناسبة ان المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة قد وافق في ٣١/٧/١٩٥٧ على قواعد الحد الأدنى لمعاملة المسجونين Standard Minimum Rules For The Treatment Of Prisoners بعد أن أقرها المؤتمر العالمي الأول للأمم المتحدة «للوقاية من الجريمة ومعاملة المذنبين First U.N Congress on The Prevention Of Crime And Offenders الذي انعقد في جنيف بسويسرا عام ١٩٥٥.

وقد أقرت بعض قواعد الحد الأدنى هذه ضرورة وجود عدد من الأطباء المختصين بالمعالجة النفسية والجسمانية والعقلية والسنية في السجون والمؤسسات العقابية والاحترازية كما حددت واجباتهم التي سنرى بعضها فيما يلي[١٩]، فنصت الفقرة الأولى من القاعدة رقم (٢٢) على أنه ـ:

«يجب أن يتوافر في كل مؤسسة عقابية طبيب واحد على الأقل **مؤهل وملم بالطب النفسي**، وان تُنَظَّمَ الخدمات الطبية بها على نحو وثيق الاتصال بالادارة العامة للخدمات الصحية المحلية والوطنية. كما يتعين أن تشتمل على قسم للطب النفسي لتشخيص وعلاج حالات الشذوذ العقلي اذا اقتضى الحال».

وأوجبت القاعدة (٢٤) «ان يقوم طبيب المؤسسة العقابية بفحص كل سجين عقب قبوله بالسجن وبعد قبوله كلما دعت الضرورة، والكشف بصورة خاصة عمّا قد يكون مصاباً به من مرض جسمي أو عقلي لاتخاذ ما يلزم من تدابير ضرورية لكفالة عزل

المسجونين المشتبه في اصابتهم بأمراض معدية أو وبائية واثبات العجز الجسماني أو العقلي الذي قد يعوق التأهيل، وتحديد مدى القدرة البدنية لكل مسجون عن العمل».

كما أوجبت الفقرة الأولى من القاعدة (٢٥) على الطبيب «الاهتمام والعناية بصحة المسجونين الجسمانية والعقلية، وعليه أن يكشف يومياً على جميع السجناء المرضى، وعلى أي مسجون يسترعي انتباهه بوجه خاص».

وأوجبت الفقرة الثانية من هذه القاعدة على الطبيب «أن يقدم تقريراً لمدير السجن كلما رآى أن صحة أحد المسجونين البدنية أو العقلية قد لحقها أو سوف يلحقها الضرر نتيجة لاستمرار حبسه أو نتيجة لأي وضع من أوضاع الحبس».

وأوجبت الفقرة الأولى من القاعدة (٢٦) على الطبيب «أن يديم التفتيش بانتظام وان يقدم توصياته لمدير السجن بشأن»:

(أ) كمية الغذاء ونوعه واعداده وتقديمه.

(ب) الحالة الصحية ونظافة المؤسسة والمساجين.

(جـ) المنشآت الصحية والتدفئة والاضاءة والتهوية بالمؤسسة.

(د) ملاءمة ونظافة ملابس المساجين وفراشهم.

(هـ) مراعاة القواعد الخاصة بالتربية البدنية والرياضة، وذلك في الأحوال التي لا يوجد فيها موظفون فنيون مسؤولون عن أوجه هذا النشاط».

وتطلبت الفقرة الثانية من القاعدة رقم (٢٦) من مدير السجن الاعتناء بالتقارير التي يكتبها الطبيب وبالنصائح التي يقدمها والعمل على تنفيذها اذا وافق عليها.

وقد اهتمت القاعدة (٨٢) **بالسجناء المصابين بأمراض عقلية كالجنون** حيث «أوجبت نقلهم من السجون إلى مؤسسات للأمراض العقلية. كما أوجبت توفير العلاج العقلي لجميع المسجونين الآخرين الذين هم في حاجة اليه».

وأخيراً جاءت القاعدة (٨٣) فأوصت «باستمرار العلاج العقلي **بعد الافراج عن المحكوم عليه** وتوفير الرعاية اللاحقة اجتماعية أو نفسية له اذا اقتضت الضرورة ذلك».

وهكذا تبين لنا بوضوح الدور الذي يلعبه أو يجب أن يلعبه الطبيب العادي والطبيب المختص بالطب الشرعي وبالطب العقلي في المؤسسات العقابية بصورة عامة وفي المؤسسات الاحترازية وبالمصحات العقلية الجنائية بصورة خاصة.

ونشير هنا بصورة خاصة إلى مؤتمر طب السجون الذي عقد في مدينة ديجون بفرنسا عام ١٩٧٨.

وهناك كتابات كثيرة عن دور الطبيب في المؤسسات العقابية، وكتابات كثيرة أيضاً عن دور المرضين والمرضات وواجباتهم بالنسبة لصحة المحكوم عليهم من سجناء وسجينات والمبادىء الأخلاقية (Medical Ethics) التي يجب أن يتحلوا بها جميعاً.

ونشير هنا لموضوع «الطبيب في المؤسسات العقابية Le Médecin en institution pénitentiaire لكاتبيه بوفارد (Buffard) وبارال (Barral) ودو (Do) وغونين (Gonin) المنشور بالصفحتين ١٨ و١٩ من مجلة «**الطب والصحة** (Medecine et Hugiène) الصادرة في جنيف بسويسرا بتاريخ ١٩٨٤/٤/١١م، (العدد رقم ٥٥٩)١.

وقد نشرت مجلة «الطب والصحة» المذكورة سابقاً، موضوعاً آخر بالصفحات ٤ ـ ٧ **بعنوان**: «Du soin à la contrainte.

· Quelques interrogations éthiques vécues par l'infirmier(e) dans la pratique des soins

أي (من العناية إلى الاقسار: بعض التساؤلات الأخلاقية التي يعيشها المرض أو المرضة في مجال ممارستهما العناية بالمرضى)».

ضمنته عدداً من الملاحق المتعلقة بالمرضات مثال ذلك:

- «قَسَمْ فلوراس نايتينغال Florence Nightingale للممرضات».
- «مدونة (Code) المرضات الأميركيات Code des INFIRIMIÈRES Américaines».
- «دور المرضة في علاج السجناء والمحكوم عليهم Le rôle de L'infirmière dans les soins aux détenus et aux prisonniers».

ولا ننسى بهذه المناسبة الإشارة إلى التوصيات الصادرة عن المؤتمر الدولي للممرضات الذي انعقد في سنغافورة بشهر آب (أغسطس) من عام ١٩٧٥ تحت عنوان: «**دور المرضة في العناية بالموقوفين والسجناء** Role of the Nurse in the Care of Prisoners Detainees and»[٢٠].

وإذا كانت بعض قواعد الحد الأدنى لمعاملة المساجين التي رأينا نماذجاً منها فيما سبق، قد وردت صراحة لصيانة صحة وسلامة المحكوم عليهم السجناء فقط، فقد بقي الأشخاص الذين يوقفون قيد المحاكمة أو في أماكن الاعتقال أو على ذمة التحقيق، دون عناية صحية وطبية منتظمة، في الوقت الذي يحتاجون فيه لمثل هذه العناية أكثر من غيرهم. كما ان الأطباء الذين قد يعتنون بهم في حالات الضرورة، انما يقومون بعملهم هذا دونما قواعد ثابتة أو موجهة، اللهم إلا القيود التي تضمنها قَسَمْ أبي قراط الطبي (Hippocratic Oath) الذي قسمه هذا الطبيب قبل تخرجه من كلية الطب وما تضمنه من قواعد أخلاقية (Medical Ethics)، أو القواعد الأخلاقية التي نص عليها قانون مزاولة مهنة الطب في دولة الطبيب أو في الدولة التي يعمل بها. هذا إذا لم يساهم الطبيب بطريقة أو بأخرى في عمليات التعذيب التي قد تقع على هذا الموقوف في دوائر الشرطة أثناء التحقيقات الأولية[٢١].

فقد يقوم الطبيب أحياناً بأنشطة يصعب مواءمتها مع آداب مهنة الطب، مثال ذلك اعطاء الشخص الموقوف بغية استجوابه، أدوية غايتها **شلّ مقاومته وتسهيل الحصول**

على اعترافه بالجريمة المرتكبة أو بغيرها، كما قد يصار لغسل دماغ المدعى عليه أو المتهم، أو تعقيمه (Sterilisation) أو خصائه (Castration)، أو غير هذه الأفعال التي يعتقد بأن أي واحد منها سيؤدي الى استئصال شأفة الاجرام لديه، أو القضاء على حالة الخطورة الموجودة لديه. أو قد يقدم الطبيب على اقسار الموقوف أو المشتبه به أو المدعى عليه والمحكوم عليه على فك **الاضراب عن الطعام**[٢٢].

ونشير هنا بصورة خاصة إلى موضوع «**الطبيب واطعام السجين قسراً** Il medico e la alimentazione Forzata del detenuto». الذي نشره ماريو پارسياله (Mario Parziale) واديله بونتي (Adele Ponti) **باللغة الايطالية** في الصفحات ١٤٧ ـ ١٦١ من العدد الأول من مجلة (Rassegna Penitenziaria e Criminologica) الصادر عام ١٩٨٣ عن وزارة العدل الايطالية في روما بايطاليا.

وقد أوردا في نهايته عدداً من المراجع الأجنبية من ايطالية وفرنسية وانكليزية عن موضوع **اضراب السجين عن الطعام** (Hunger Strike) والاضطرابات المختلفة التي قد تلحق به من جراء هذا الاضراب.

جهود الأمم المتحدة في سبيل تقنين آداب مهنة الطب:

أمام تزايد انغماس الأشخاص الذين يمارسون المهن الطبية المختلفة **بأعمال التعذيب** التي لا حصر لها، وغيرها من ضروب **المعاملة أو العقوبات القاسية أو اللا انسانية أو الحاطة بالكرامة والانسانية**، فقد اندفعت الأمم المتحدة منذ نشأتها تقريباً في سبيل **تقنين آداب مهنة الطب** (Medical Ethics) من أجل حماية حقوق الانسان بصورة عامة، وحماية السجناء والمحتجزين بصورة خاصة، بعد أن ثبت لديها ازدياد أعمال التعذيب بأشكاله المختلفة في بعض الدول على السجناء والموقوفين وأسرى الحرب ورعايا العدو المعتقلين وغيرهم، على يد أفراد وجماعات بمن فيهم الأطباء والأشخاص الآخرين الذين يمارسون المهن الطبية المختلفة، وخاصة ما تمخض عنه الحكم الصادر بتاريخ ١٩٤٧/٨/٢٠ عن المحكمة العسكرية في مدينة نورينبيرغ بألمانيا بعيد الحرب العالمية الثانية، والذي أكد مسؤولية عدد من الأطباء النازيين عن أعمال **التعذيب** (Torture) التي واكبت **التجارب الطبية والدوائية والبيولوجية غير المشروعة** (Unlawful Medical Experimentation) التي أجروها على عدد كبير من أسرى ورعايا العدو المعتقلين وغيرهم من الأشخاص[٢٣].

إلا أن الأمم المتحدة لم تهتم حتى الآن في ايجاد تشريع كامل ومتكامل تنتظم فيه جميع المبادىء الأخلاقية لممارسة مهنة الطب بفروعها المختلفة، لأن اعداد وصياغة ونشر هذه المبادىء يحتاج لفترة طويلة من الزمن، لذلك فقد اكتفت ـ كما سنرى بعد

قليل - بالعمل على الاهتمام باعداد واصدار مدونة (Code) **أو تقنين لآداب مهنة الطب تتعلق بحماية الأشخاص الذين يتعرضون لأعمال التعذيب (Torture) أو غيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللا انسانية أو المهينة**، وذلك بعد أن ثبت لديها قيام أعضاء مهنة الطب وغيرهم من الموظفين الصحيين في أحيان غير قليلة بأنشطة تصعب مواءمتها مع آداب مهنة الطب (The Medical Ethics).

لذلك فقد أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ ١٩٨٢/١٢/١٨ قرارها رقم ١٩٤/٣٧ المتضمن «**مجموعة المبادىء الأخلاقية الطبية**» أو بمعنى آخر «**مبادىء آداب مهنة الطب Principles Of Medical Ethics**». المفروض تطبيقها ومراعاتها من قبل الأشخاص الذين يعملون في الحقل الصحي، وبصورة خاصة **الأطباء** من أجل حماية السجناء والمحتجزين (الموقوفين) من التعذيب وغير ذلك من العقوبات والمعاملات القاسية أو اللا انسانية أو المهينة (**أي الماسة بالكرامة الانسانية**).

وهذه المدونة مؤلفة من ستة مبادىء هي:

المبدأ الأول: يجب على موظفي الصحة، لا سيما الأطباء، المكلفين بالعناية الطبية بالسجناء والموقوفين، ان يوفروا الحماية الصحية الجسمية (الفيزيولوجية) والعقلية لهم، والمعالجة لأمراضهم وذلك من نوعية ومستوى مماثلين لما يُقَدَّم لغير السجناء أو الموقوفين.

المبدأ الثاني: يعتبر مخالفة جسيمة للآداب الطبية وجريمة بموجب المواثيق الدولية الواجبة التطبيق: قيام موظفي الصحة، **ولا سيما الأطباء منهم**، سواء بطريقة ايجابية أو بطريقة سلبية باعمال تشكل اشتراكاً في، أو تواطؤاً، أو تحريضاً على، أو محاولات ارتكاب التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللا انسانية أو الماسة بالكرامة.

المبدأ الثالث: يعتبر مخالفة للآداب الطبية تورط موظفي الصحة، لا سيما الأطباء، في أية علاقة مهنية مع السجناء أو الموقوفين، لا يكون غرضها الوحيد هو تقييم أو حماية أو تحسين صحتهم الجسمية (الفيزيولوجية) أو العقلية.

المبدأ الرابع: يعتبر مخالفة للآداب الطبية قيام موظفي الصحة، لا سيما الأطباء بما يلي:

(أ) تطبيق معرفتهم ومهاراتهم من أجل المساعدة في استجواب السجناء والموقوفين بطريقة قد تضر بالصحة أو الحالة الجسمية أو العقلية لهؤلاء السجناء أو الموقوفين والتي تتنافى مع المواثيق الدولية ذات العلاقة بالموضوع.

(ب) اعطاء شهادة رسمية، أو الاشتراك في اعطاء شهادة رسمية تتضمن لياقة السجناء أو الموقوفين صحياً لأي شكل من أشكال المعاملة أو العقوبة يمكن أن يضر

بصحتهم الجسمية أو العقلية والذي يتنافى مع المواثيق الدولية ذات العلاقة بالموضوع، أو الاشتراك بأية طريقة في تلك المعاملة أو في انزال تلك العقوبة التي تتنافى مع المواثيق الدولية ذات العلاقة بالموضوع.

المبدأ الخامس: يعتبر مخالفة للآداب الطبية اشتراك موظفي الصحة، لا سيما الأطباء، في أي اجراء **لتقييد سجين أو موقوف** ما لم يكن مثل هذا الاجراء قد تقرر، طبقاً لمعايير طبية محضة، بأنه ضروري لحماية الصحة الجسمية والعقلية أو السلامة للسجين أو الموقوف نفسه، أو لزملائه من السجناء أو الموقوفين أو لحراسه، وبأن هذا الاجراء **لا يشكل خطراً على صحته الجسمية أو العقلية.**

المبدأ السادس: لا يجوز الخروج على المبادىء المذكورة أعلاه لأي سبب من الأسباب بما في ذلك حالة الطوارىء العامة.

رأينا في المبادىء التي حوتها مدونة آداب مهنة الطب (Principles Of Medical Ethics):

أولاً - انها جاءت من الوضوح بحيث لا تحتمل التأويل أو التفسير.

ثانياً - شملت حمايتها **الموقوفين قيد التحقيق** سواء في دوائر الشرطة، أو لدى الأجهزة القضائية التحقيقية المختلفة، وشملت أيضاً **السجناء المحكومين** الموجودين في السجون والمؤسسات العقابية المختلفة، وكذلك **الأشخاص** من موقوفين ومحكومين الموجودين في المؤسسات الاحترازية كالمستشفيات والمصحات العقلية والنفسية والعصبية.

ثالثاً - طلبت الأمم المتحدة في ديباجة المدونة من جميع الدول والحكومات نشر **مبادىء آداب مهنة الطب** على أوسع نطاق ممكن، ولا سيما في أوساط الجمعيات الطبية وشبه الطبية، ومؤسسات الاحتجاز أو التوقيف والسجون وفي اللغة الرسمية لكل دولة.

رابعاً - **عدم جواز التفلت من الالتزامات الموجودة فيها لأي سبب من الأسباب بما في ذلك حالة الطوارىء العامة.**

وهذا يعني ان الدولة التي ستلتزم بها وتدخلها في تشريعاتها الداخلية لن تستطيع التفلت من أحكامها مهما كانت الأسباب حتى ولو كان ذلك في حالة الطوارىء العامة، وبالتالي فلن يستطيع الأطباء على مختلف اختصاصاتهم أن يتذرعوا بأنهم كانوا مجبرين على ممارسة عمليات التعذيب بحق الموقوفين والمحكومين تنفيذاً لأوامر الدولة العليا (كما فعل الأطباء الألمان عند محاكمتهم في محكمة نورينبيرغ العسكرية بعيد الحرب العالمية الثانية).

خامساً - طلبت الأمم المتحدة في ديباجة المدونة من جميع الدول والرابطات المهنية

وغيرها من الهيئات المناسبة **اتخاذ التدابير الكفيلة** وفقاً لاعلان طوكيو عام ١٩٧٥ لمناهضة أية محاولة لاخضاع الموظفين الصحيين من أطباء وغيرهم أو أفراد عائلاتهم الى **تهديدات أو أعمال انتقامية** نتيجة رفض هؤلاء الموظفين التغاضي عن التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللا انسانية أو الحاطة بالكرامة[٢٤].

المراحل التي سبقت صدور مدونة آداب مهنة الطب من قبل الأمم المتحدة :

من المفيد هنا اعطاء القارىء لمحة موجزة عن المراحل التي سبقت صدور مدونة مبادىء آداب مهنة الطب من قبل الأمم المتحدة :

ذكرنا فيما سبق ان الأمم المتحدة اهتمت منذ نشأتها بتقنين آداب مهنة الطب، من أجل حماية حقوق الانسان بصورة عامة، وحماية الموقوفين قيد التحقيق والمحاكمة والسجناء المحكومين بصورة خاصة، نتيجة محاكمات نورينبيرغ العسكرية، وما تمخض عنها من أحكام جزائية (جنائية) مختلفة على عدد من الأطباء الألمان من جهة، ونتيجة لاشتراك العديد من الأطباء في أيامنا هذه بعمليات التعذيب (Torture) التي يتعرض لها بعض الموقوفين والمحكومين أيضاً[٢٥]، وعدم جواز الاكتفاء بالمبادىء الأخلاقية الواردة في قَسَمْ **أبي قراط الطبي (Hippocratic Oath)** أو أي قَسَمٍ طبي آخر يقسمه الأطباء قبل تخرجهم من كليات الطب المختلفة في العالم.

إلا أن الأمم المتحدة لم تهتم حتى الآن في ايجاد تشريع كامل ومتكامل تنتظم فيه جميع المبادىء الأخلاقية لممارسة مهنة الطب بفروعها المختلفة. خاصة لأن اعداد وصياغة ونشر هذه المبادىء العامة يحتاج لفترة طويلة من الزمن لذلك فقد اكتفت كما رأينا سابقاً بالعمل على اصدار مدونة (Code) **أو تقنين لآداب مهنة الطب (Code Of Medical Ethics) تعلقت بحماية الأشخاص الذين يتعرضون لأعمال التعذيب أو غيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللا انسانية أو الحاطة بالكرامة**، وذلك بعد أن ثبت لديها قيام أعضاء مهنة الطب وغيرهم من الموظفين الصحيين في أحيان غير قليلة بأنشطة تصعب مواءمتها مع آداب مهنة الطب.

واستناداً لما ذكرناه سابقاً فقد دعت الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها رقم ٣٤٥٣ ـ د/٣٠ المتخذ عام ١٩٧٥ **منظمة الصحة العالمية** الى أن تولي مزيداً من الاهتمام لدراسة وصياغة مبادىء آداب مهنة الطب المتعلقة بحماية الأشخاص الذين يتعرضون لأي شكل من أشكال الاعتقال أو السجن من التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللا انسانية أو المهينة.

ثم عادت بتاريخ ١٩٧٦/١٢/٣١ فاتخذت قراراً آخر برقم ٣١/٨٥ وجهت بموجبه

الدعوة ثانية لمنظمة الصحة العالمية للاهتمام بهذا الموضوع الهام.

وقد استجاب **مجلس المنظمات الدولية للعلوم الطبية** لرغبات الجمعية العامة للأمم المتحدة فوضع **مشروعاً** حوى مجموعة من المبادىء تحت عنوان:

«مشروع مبادىء آداب مهنة الطب المتعلقة بدور العاملين في الحقل الصحي في حماية الأشخاص من التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللا انسانية أو المهينة».

وندرج فيما يلي نص هذا **المشروع** المؤلف من ست مواد بعد أن أقره المجلس التنفيذي لمنظمة الصحة العالمية في دورته الثالثة والستين المعقودة في شهر يناير/كانون الثاني من عام ١٩٧٩.

١ ـ «يتمتع السجناء والمحتجزون بنفس الحقوق التي يتمتع بها غير السجناء أو غير المحتجزين في مجال حماية الصحة البدنية والعقلية والعلاج من الأمراض.

٢ ـ ان مما يشكل انتهاكاً جسيماً لآداب مهنة الطب أن يقوم الموظفون الصحيون، **ولا سيما الأطباء**، الذين يضطلعون بالمسؤولية الاكلينيكية عن السجناء أو المحتجزين، بطريقة ايجابية أو سلبية، بأعمال تشكل مشاركة في التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللا انسانية أو المهينة أو تواطؤاً أو تحريضاً على هذه الأفعال أو محاولات لارتكابها.

٣ ـ ان مما يشكل انتهاكاً لآداب مهنة الطب أن يقيم الموظفون الصحيون ولا سيما الأطباء، أي **علاقة** مع السجناء أو المحتجزين لا تكون علاقة طبية، بمعنى أن يكون القصد منها هو حماية أو تحسين الصحة البدنية أو العقلية للسجين أو المحتجز.

٤ ـ ان مما يشكل انتهاكاً لآداب مهنة الطب أن يقوم الموظفون الصحيون ولا سيما الأطباء، بما يلي:

(أ) استخدام معارفهم ومهاراتهم للمساعدة في أساليب الاستجواب.

(ب) أو الشهادة بأن السجناء أو المحتجزين لائقون لأي شكل من أشكال العقوبة قد يضر بصحتهم البدنية أو العقلية.

٥ ـ ان اشتراك الموظفين الصحيين، ولا سيما الأطباء، في تطبيق أي اجراء قسري على السجناء أو المحتجزين لا يعد متفقاً مع آداب مهنة الطب إلا إذا تقرر بمعايير طبية محضة وبطريقة لا تشكل خطراً على صحة السجناء أو المحتجزين وكان ضرورياً للصحة والسلامة البدنيتين أو العقليتين للسجين ذاته أو زملائه السجناء أو المحتجزين أو حراسه.

٦ ـ لا يجوز تقييد المبادىء السابقة الذكر أو الغاؤها جزئياً لأي سبب من الأسباب، بما في ذلك حالة الطوارىء العامة»[٢٦].

وعلى صعيد آخر فقد سبق **للجمعية الطبية الدولية** (The World Medical Association) بتاريخ ١٩٧٥/١٠/١٠ اصدار تصريح خاص وبالاجماع اسمي فيما بعد «**بتصريح أو اعلان طوكيو لعام ١٩٧٥** Declaration Of Tokyo» حوى عدداً من المبادىء الأخلاقية التي تعتبر بحق «**القانون المتعلق بأخلاقيات الطبيب أو بالمبادىء الأخلاقية التي يجب أن يتحلى بها كل من يعمل في مهنة الطب والمهن الأخرى المتعلقة بها**».

فبعد ان ذكر هذا التصريح في مقدمته ان ما يميز عمل الطبيب هو ممارسته لمهنة الطب في خدمة الانسانية وحماية وصيانة الأجسام والصحة العقلية دونما تمييز بين الأشخاص وعليه أن يسعى لاراحة المرضى وتخفيف معاناتهم.

اضاف بأن أقصى درجة في احترام الحياة الانسانية، تكمن في صيانتها حتى، تحت التهديد، **وعليه ألاّ يستعمل أية معلومات طبية ضد قوانين الانسانية**.

وندرج فيما يلي المواد أو المبادىء التي وردت في تصريح طوكيو:

١ ـ «يجب على الطبيب ألاّ يساهم في ممارسة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة القاسية أو اللا انسانية أو المهينة مهما كان الجرم المنسوب للمشتبه به أو المتهم أو المذنب، وبغض النظر عن معتقدات أحد هؤلاء، وفي كل الحالات، بما في ذلك النزاع المسلح والعصيان المدني.

٢ ـ على الطبيب ألاّ يعطي أية مسكنات أو ادوات أو مواد أو معلومات لتسهيل ممارسة التعذيب، أو أي شكل من أشكال المعاملة القاسية، اللا انسانية أو المهينة، أو ان ينقص من مقدرة **الضحية** كي تقاوم أو تتحمل مثل هذه المعالجة.

٣ ـ على الطبيب ألاّ يكون حاضراً أو متواجداً خلال أي إجراء يُمارَسُ فيه التعذيب أو أي شكل من أشكال المعاملة القاسية اللا إنسانية أو المهينة أو خلال التهديد بأحد هذه الاجراءات.

٤ ـ يجب أن يتمتع الطبيب باستقلاله الطبي التام في اعطاء قراره بالنسبة للشخص المسؤول عن معالجته طبياً. وبما أن الدور الرئيسي للطبيب هو في التخفيف من معاناة مريضه فليس لأي سبب شخصي أو جماعي أو سياسي أن يتغلب على هذا القصد السامي للطبيب.

٥ ـ اذا امتنع السجين عن تناول الطعام أو الغذاء، فيجب ألاّ يُصارَ لاطعامه أو تغذيته اصطناعياً، اذ اعتبر الطبيب ان هذا السجين قادر على ادراك الآثار المترتبة على رفضه الارادي في تناول الطعام والغذاء.

ويجب المصادقة على مقدرة هذا السجين في تشكيل قراره، من قبل طبيب آخر مستقل، ويجب على هذا الطبيب أن يشرح للسجين الآثار المترتبة على رفضه الطعام أو التغذية[٢٧].

٦ « «**يجب على الجمعية الطبية الدولية أن تساند وان تشجع، المجتمع الدولي والجمعيات الوطنية للأطباء، والأطباء أنفسهم، لمساندة الطبيب وعائلته في مواجهة التهديدات والأعمال الانتقامية التي تنتج عن رفضه المساهمة بعمليات التعذيب (Torture) أو أي شكل من أشكال المعاملة القاسية أو اللا انسانية أو المهينة (Curel, Inhuman or Degrading Treatment or Puni)** .

وهكذا رأينا المراحل التي مر بها اعداد **مدونة** (Code) **آداب مهنة الطب** (Principles Of Medical Ethics) **أو ما يسمى بالمبادىء الأخلاقية الطبية**»، التي صدرت عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ ١٨/١٢/١٩٨٢، وسيدرك القارىء بأن هذا النص الذي اعتمدته والوارد في الصفحات ١٤٧ ـ ١٤٩ من موضوعنا هذا انما هو الصورة المعدلة للمشروع الذي كانت قد أعدته المنظمات الدولية للعلوم الطبية.

وقد بقي تصريح طوكيو لعام ١٩٧٥ جزءاً من الديباجة أو المقدمة التي وردت كمطلع للمدونة التي حوت آداب مهنة الطب والتي صدرت بتاريخ ١٨/١٢/١٩٨٢.

وامعاناً منّا في محاولة استكمال الأبحاث المتعلقة **بدور الطبيب في المساعدة بأعمال التعذيب**، فقد رأينا من الفائدة تخصيص بعض الصفحات القادمة للكلام عن الأهمية التي استأثر بها هذا الموضوع من قبل مختلف **المؤتمرات الدولية** التي عقدت حتى الآن في اطار **المسؤولية الطبية أو التعذيب**[٢٨] **أو أخلاقيات الطبيب، أو حقوق الانسان، أو عقوبة الاعدام**، وغيرها من المواضيع. كما سنشير لبعض التوصيات التي اتخذت في مؤتمرات مختلفة وحثت الأطباء على ضرورة التعمق بدراسة حقوق الانسان.

اهتمام المؤتمرات الدولية بدور الطبيب في اطار التعذيب:

اهتم العديد من المؤتمرات الدولية التي تنادت لبحث **المسؤولية الطبية جزائياً، أو مدنياً، ومهنياً أو مسلكياً أو التعذيب** (Torture)، **أو حقوق الانسان أو أخلاقيات الطبب، أو عقوبة الإعدام**، وغيرها من المواضيع، نقول اهتمت جميعها في الدور الذي يلعبه بعض الأطباء في عمليات تعذيب الموقوفين رهن التحقيق في دوائر الشرطة أو دوائر التحقيق القضائية المختلفة، وكذلك في تعذيب المحكومين بعقوبات جسدية أو مانعة للحرية أو بتدابير احترازية أو حتى اصلاحية. وذلك إما من خلال توصيات اتخذتها تلك المؤتمرات أو من خلال مواضيع قدمت لها وناقشتها.

وسنشير فيما يلي وباختصار إلى أهمها حسب تسلسلها الزمني.

(أ) «**موضوع البروفسور روبيرتو كونثيبثيون** (Roperto Concepcion) وعنوانه: «**المبادىء الأخلاقية الطبية وعلاقتها بالتعذيب**». وقد أشرنا إليه في الهامش رقم ٢٥ من موضوعنا هذا.

(بً) تصريح أو اعلان طوكيو لعام ١٩٧٥ المؤلف من ست مواد الصادر بتاريخ

١٠/١٠/١٩٧٥ عن الجمعية الطبية الدولية والذي يمكن اعتباره بحق القانون المتعلق بأخلاقيات الطبيب أو **بالمبادىء الأخلاقية التي يجب أن يتحلى بها كل من يعمل في مهنة الطب والمهن الأخرى المتعلقة بها**، وذلك في كل ما يتعلق بالابتعاد عن المشاركة في تعذيب الموقوفين والمحكومين.

وقد أوردنا نصه في الصفحتين ١٥١ و١٥٢ **من هذا الموضوع**.

(جـ) **موضوع البروفسور الفريد هايدير** (Alfred Heijder) عن «**آداب القوانين المهنية ضد التعذيب** (Professional Codes Of Ethics Against Torture).

وكذلك موضوع الدكتور **هيرمان فان جيونس** (H. Van Geunus) بعنوان: **مسؤوليات مهنة الطب فيما يتعلق بالتعذيب** (The Responsabilites Of The Medical Profession).

وقد أشرنا إليهما في الهامش رقم ٢٥ من موضوعنا هذا.

(د) «المواضيع المختلفة التي قُدِّمَتْ لمؤتمر ميسّينا (Messina) بايطاليا عام ١٩٨٠ وعنوانه: «**حقوق الانسان في محيط الطب الشرعي**». وقد ذكرناها بالهامش رقم ٢٥ من موضوعنا هذا.

(هـ) الموضوع المقدم من الأساتذة Lery N. , Simonot G., Lecourtois P., Auclert L., Jaffre H. , Vedrinnej., **وعنوانه بالفرنسية** Allégations de torture: les problémes posés par la certification médicolégale dans la procédure d'accession au statut de réfugié politique، مشاركة منهم بالمؤتمر السابع للطب القانوني الذي عقد في شهر آب/أغسطس عام ١٩٨٥ بمدينة غاند (Gand) في بلجيكا.

(و) موضوع الأستاذ (Wynen) وعنوانه: «**الطبيب والتعذيب**» (The Physician and Torture)، المنشور عام ١٩٨١ في المجلة الدولية للطب (World Medical Journal).

(ز) «التوصية التي اتخذها **مؤتمر العدالة الجزائية (الجنائية) التعليم والإصلاح وحماية حقوق الانسان في العالم العربي**» المنعقد في مدينة سيراكوزا (Siracusa) بايطاليا في الفترة ما بين ١ ـ ٧ ديسمبر/كانون الأول من عام ١٩٨٥ والقائلة «**بضرورة: العناية بتوفير دراسة مستقلة بحقوق الانسان في جميع الجامعات العربية تدرس كمقرر جامعي وبصفة خاصة لطلبة معاهد وكليات الشريعة والحقوق والشرطة والطب والاعلام**»[٢٩].

والتوصية الأخرى التي اتخذها مؤتمر سيراكوزا المذكور أيضاً والقائلة «**بضرورة النص على معاقبة كل من يمارس عملية التعذيب في جميع صوره على أن تشدد العقوبة على الموظف العام**».

وقد فاتنا ان نذكر بأن المشاركين في مؤتمر «حقوق الانسان في محيط الطب

الشرعي» الذي عقد عام ١٩٨٠ بمدينة ميسيّنا (Messina) بايطاليا قد أكدوا على ضرورة تدريس الطبيب لمبادىء حقوق الانسان[٣٠].

١١ ـ عدم المحافظة على سر المهنة الطبية أو البوح بأسرارها بغية الحصول على فوائد مادية أو معنوية أو غيرها بأساليب فنية حديثة وغير حديثة:

يستأثر السر الطبي بكثير من الاهتمام على مختلف الأصعدة الطبية والقانونية والاجتماعية، حيث يعتبر أحد الأركان الرئيسية في ممارسة مهنة الطب، وأحد المبادىء الأخلاقية التي يجب أن يتحلى بها الطبيب دوماً.

وقد حرصت قوانين ممارسة مهنة الطب وقوانين العقوبات من عربية وأجنبية على تكريس حماية كبيرة للسر الطبي الذي يطلع عليه الطبيب بحكم عمله المهني لأنه يتعلق بآداب مهنة الطب.

ولا يكاد يخلو مؤتمر من مؤتمرات المسؤولية الطبية من تخصيص بحث أو أكثر للسر الطبي.

فقد أفرد **المؤتمر الدولي للمسؤولية الطبية** الذي عقد بمدينة بنغازي في ليبيا ما بين ٢٣ ـ ٢٨ أكتوبر/تشرين الأول من عام ١٩٧٨ ـ والذي كان لنا شرف المشاركة به ـ موضوعاً خاصاً **لسر المهنة**، حيث قَدَّمَ عدد من المشاركين به مواضيع مختلفة عن سر المهنة كان من بينها موضوع الدكتور سامي النبراوي «**المسؤولية الجنائية للأطباء في افشاء سر المهنة**».

كما كان السر الطبي أحد المواضيع التي بحثت في «ندوة الكويت للمشكلات القانونية والانسانية لعلاقة الطبيب بالمريض» والتي أشرنا إليها في الهامش رقم ١ من هذا الموضوع.

حيث قدّم الدكتور عبدالسلام الترمانيني بحثاً خاصاً عن **السر الطبي**، كما قدم الدكتور يوسف الكيلاني بحثاً عن **سر المهنة الطبية** نشرا فيما بعد بالصفحات ٣٥ ـ ٧٤ من العدد الثاني من مجلة الحقوق والشريعة الصادر بشهر يونيو/حزيران من عام ١٩٨١ والمشار إليه سابقاً.

وسنرى فيما بعد النصوص القانونية المختلفة الواردة في قوانين ممارسة مهنة الطب، وفي قوانين العقوبات العربية، المتعلقة بعدم جواز افشاء الأسرار المهنية الطبية والمسؤوليات المختلفة التي يتعرض لها الفاعل، والحالات التي يسمح بها للطبيب في افشاء السر الطبي، دون أن يتعرض للمسؤولية.

أهمية الحفاظ على أسرار المهنة الطبية وتجريم افشائها بقوانين العقوبات المختلفة:

يعتبر افشاء الطبيب أو العاملين في الحقل الطبي من ممرضين وممرضات وقابلات

وغيرهم لسر المهنة، جريمة من الجرائم الطبية الصرفة أو البحتة.

وقد اتجهت قوانين العقوبات العربية والأجنبية في تجريم وتأثيم أو معاقبة افشاء الأسرار الطبية باتجاهين مختلفين هما:

الاتجاه الأول: وهذا الاتجاه اشترط صراحة أن يكون من أفشى السر الطبي، طبيباً أو جراحاً أو صيدلياً أو قابلة أو ممرضاً أو ممرضة، مثال ذلك نص المادة ٣١٠ من قانون العقوبات المصري، والمادة ٤٤٦ من قانون العقوبات المغربي، والمادة ٣٠١ من قانون العقوبات الجزائري، والمادة ١٥٦ من قانون عقوبات اليمن الديمقراطية، والمادة ٣٧٨ من قانون العقوبات الفرنسي.

الاتجاه الثاني: وهذا الاتجاه لم يشترط صراحة أن يكون من أفشى السر الطبي طبيباً أو ممن يعملون في الحقل الطبي أو بالمهن الطبية المختلفة، بل اكتفى بالقول أن يكون من أفشى السر قد وصل إليه بحكم مهنته أو صنعته أو وظيفته الخ...، الأمر الذي يعني انه قد أوجب على جميع الأشخاص الذين يعملون في الحقل الطبي الحفاظ على الأسرار الطبية، وعدم البوح بها.

مثال ذلك نص المادة ٥٧٩ من قانون العقوبات اللبناني، والمادة ٥٦٥ من قانون العقوبات السوري، والمادة ٤٣٧ من قانون العقوبات العراقي والمادة ٣٠٢ من قانون العقوبات القطري، والفقرة الثالثة من المادة ٣٥٥ من قانون العقوبات الأردني، والمادة ٣٧٩ من قانون العقوبات الاماراتي والمادة ٦٢٢ من قانون العقوبات الايطالي.

وتجدر الاشارة هنا إلى أن المادة ٣٥١ من قانون أصول المحاكمات الجزائية الايطالي الصادر عام ١٩٣٠ قد استثنت من واجب أداء الشهادة الأشخاص الذين يزاولون احدى المهن الطبية صيانة للسر الطبي، الا في الحالات التي أوجبت عليهم القوانين اعلام السلطة.

تجريم وتأثيم افشاء أسرار المهنة الطبية بقوانين ممارسة المهن الطبية العربية والأجنبية:

من نافلة القول أن نذكر هنا أيضاً بأن جميع قوانين وتشريعات ممارسة المهن الطبية المختلفة في الدول العربية والأجنبية قد أوجبت على العاملين في هذه المهن الحفاظ على الأسرار المهنية التي يَطَّلِع عليها مثل هذا الشخص بحكم ممارسته لهذه المهن الطبية المختلفة. وان لا يبوح بها الا في أحوال خاصة ونادرة نصت عليها قوانين وتشريعات ممارسة المهن الطبية، أو قوانين أخرى في تلك الدولة جزائية كانت أم غير جزائية، مثال ذلك:

- نص الفقرة الأولى من المادة ٤٦ من قانون مزاولة المهن الطبية السوري رقم

(١٢) الصادر بتاريخ ١٩٧٠/١٠/٧، التي أوجبت على ذوي المهن الطبية فيما أوجبت، المحافظة على أسرار المهنة ضمن حدود القانون.

- نص الفقرة الثالثة من المادة ٢٠ من قانون «التنظيم النقابي للأطباء البشريين السوري» رقم (٣١) الصادر في ١٩٨١/٨/١٦ التي أوجبت على الطبيب المحافظة على الأسرار التي يطلع عليها بسبب ممارسته للمهنة وان يتجنب افشاءها الا في الأحوال التي توجبها القوانين النافذة.

- نص المادة السادسة من قانون مزاولة مهنة الطب البشري وطب الأسنان الكويتي رقم (٢٥) الصادر عام ١٩٨١ التي أوجبت على الطبيب عدم افشاء الأسرار الخاصة التي وصلت الى علمه عن طريق مهنته، سواء أكان هذا السر مما عهد المريض به إليه وائتمنه عليه، أم كشفه الطبيب بنفسه، أم سمع به.

وقد أجازت هذه المادة للطبيب البوح بهذا السر كما يلي:

- إذا أمرت بذلك المحكمة لتحقيق سير العدالة.

- اذا كان الافشاء لمصلحة الزوج أو الزوجة، ويكون الافشاء لهما شخصياً.

- اذا كان الإفشاء بقصد منع حدوث جريمة، ويكون الإفشاء مقصوراً على الجهة الرسمية المختصة.

- اذا كان الإفشاء بقصد التبليغ عن مرض سار طبقاً للقوانين الصادرة بهذا الخصوص، ويكون الإفشاء بهذه الحالة للجهات المختصة التي تعينها وزارة الصحة العامة.

- واذا وافق صاحب السر على إفشائه إلى أية جهة أخرى يحددها.

- نص المادة (١٢) من قانون مزاولة مهنة الطب في امارة أبوظبي رقم (٦) الصادر عام ١٩٦٩ والذي ألغي بصدور القانون الاتحادي رقم (٧) الصادر عام ١٩٧٥ باسم «**قانون مزاولة مهنة الطب البشري لدولة الإمارات العربية المتحدة**» حيث جاءت المادة (١٢) المذكورة على الشكل التالي:

«في غير ما تطلبه محكمة مختصة بشأن أية دعوى تنظرها، لا يجوز لأي طبيب أن يفشي سراً وصل إلى علمه بسبب مهنته ما لم يطلب صاحب السر إفشاءه أو يوافق عليه».

- نص المادة (١٣) من قانون مزاولة مهنة الطب البشري الاتحادي الجديد رقم (٧) لعام ١٩٧٥ الصادر في **دولة الإمارات العربية المتحدة**، الواردة كما يلي:[٣١].

- «لا يجوز لأي طبيب أن يفشي سراً خاصاً وصل الى علمه بسبب مزاولته المهنة سواء كان المريض قد عهد إليه بهذا السر وائتمنه عليه أو كان الطبيب قد أطلع عليه بنفسه».

وقد أجازت هذه المادة للطبيب البوح بالسر وفقاً لأحد المعايير التالية:

١ ـ إذا كان إفشاء السر بناء على طلب صاحبه.

٢ ـ إذا كان إفشاء السر لمصلحة الزوج أو الزوجة وأبلغ شخصياً لأي منهما.

٣ ـ إذا كان الغرض من إفشاء السر منع وقوع جريمة، ويكون الإفشاء في هذه الحالة للسلطة الرسمية المختصة فقط.

٤ ـ إذا كان الطبيب مكلفاً من قبل احدى شركات التأمين على الحياة بالكشف على عملاء الشركة، ويكون إفشاء السر في هذه الحالة لشركة التأمين المعنية فقط.

أما صيانة السر الطبي في قوانين ممارسة الطب في بعض الدول الأجنبية فسنكتفي فيما يلي بذكر هذا الأمر سنداً **لقانوني ممارسة الطب في ايطاليا وفي فرنسا**، لنخلص من حيث النتيجة للكلام عن الحالات التي يستطيع معها الطبيب التحلل من التزامه بصيانة السر الطبي:

فقد نصت المادة (١٠) من قانون ممارسة مهنة الطب الايطالي (Codice di Deontologia Medica) الصادر في ١٩٧٨/١/٧ على واجب الطبيب في الحفاظ على سرية كل ما عهد به إليه من أسرار، أو بما استطاع الوصول إليه من أسرار بصفته كطبيب.

واعتبرت في الشق الثاني منها إفشاء الطبيب للسر المهني بهدف تحقيق الكسب أو الربح لنفسه أو لغيره أو بهدف خاص في الحاق الضرر بالآخرين من الأسباب أو الظروف المشددة.

وسمحت هذه المادة بالشق الثالث منها للطبيب بإفشاء السر الطبي في الحالات التالية:

(أ) إذا كان الإفشاء مفروضاً عليه بموجب القانون ولسبب مشروع (مثال ذلك الابلاغ الالزامي عن الجرائم أو عن الأمراض السارية والمعدية).

(ب) إذا وافق المريض على فعل الإفشاء.

(جـ) إذا كان الإفشاء بطلب من أبوي القاصرين ولمصلحة القاصرين أنفسهم.

وقد أوجبت المادة (١١) من هذا القانون الايطالي على الطبيب أيضاً أن يتأكد من أن مساعديه على علم ومعرفة بواجب الحفاظ على السر المهني ومراعاة هذا الواجب.

كما أوجبت المادة (١٢) من ذات القانون على الطبيب المحافظة على البطاقات الشخصية والوثائق المتعلقة بمرضاه الموجودة في حوزته أو حيازته.

فإذا استفاد الطبيب أو استعمل معلومات أو معطيات اكلينيكية متعلقة بمرضاه من أجل نشرها علمياً، فعليه أن يعمل جهده في عدم الافصاح عن هوياتهم وأشخاصهم.

كما يتوجب عليه أيضاً عدم نشر أية معلومات بواسطة الصحافة أو أية وسيلة نشر أخرى، يمكن من خلالها التعرف على هوية أو شخصية المريض.

كما نصت المادة (١٣) من ذات القانون الايطالي على أنه يمتنع على الطبيب أن يشهد على الأسرار التي عهد إليه بحفظها، أو على الأسرار التي وصلت إلى علمه من خلال ممارسته لمهنته الطبية.

أما صيانة السر الطبي في قانون ممارسة مهنة الطب الفرنسي (Code De Déontologie Medicale) رقم ٥٠٦ ـ ٧٩ الصادر في ١٩٧٩/٦/٢٨ فقد ورد في المواد ١١ ـ ١٣ منه كما سنرى الآن:

فبعد ان اعتبرت المادة (١١) من القانون الفرنسي ان الهدف من السر المهني هو صيانة مصلحة المرضى وهو مفروض على جميع الأطباء بموجب الشروط المنصوص عليها بالقانون. وان السر المهني يشمل كل ما وصل لعلم الطبيب من معلومات من خلال ممارسته لمهنته الطبية اضافة لكونه يشمل كل ما عهد به للطبيب لحفظه وكل ما شاهده وسمعه وفهمه.

جاءت المادة (١٢) من القانون الفرنسي المذكور فأوجبت على الطبيب أن يتأكد من أن مساعديه على علم ومعرفة بواجب الحفاظ على السر المهني ومراعاتهم لهذا الواجب.

كما جاءت المادة (١٣) من هذا القانون الفرنسي فأوجبت على الطبيب أن يحافظ على سرية البطاقات الشخصية والوثائق المتعلقة بمرضاه الموجودة في حوزته أو حيازته.

وأوجبت عليه في حال نشره معلومات علمية عن مشاهداته أو ملاحظاته الطبية الا يشير إلى هوية أو شخصية مرضاه بشكل من الأشكال.

وكما نلاحظ فان نص المادتين ١٢ و١٣ من القانون الفرنسي يكاد ينطبق تماماً على نص المادتين ١١ و١٢ من قانون ممارسة مهنة الطب الايطالي (Codice di Deontologia Medica).

والجدير بالذكر ان قوانين ممارسة الطب العربية والأجنبية على السواء لم تترك الأطباء الذين يسيؤون لها ولآدابها وأصولها من المؤاخذة والعقاب، كما لم تتركهم من المؤاخذة والتاثيم والمعاقبة سائر القوانين الجزائية في تلك الدول، حيث تصل عقوباتهم المسلكية الى الشطب أو وقف التسجيل أو الغاء القيد ومنع مزاولة المهنة لمدة محددة أو غير محددة اضافة لامكانية مساءلتهم جزائياً ومدنياً بالتعويض كما لم تتركهم سائر القوانين الجزائية في تلك الدول من المؤاخذة والتأثيم والمعاقبة.

ونحن نعتبر أيضاً ان عدم محافظة الطبيب على السر الطبي والبوح بأسرار زبائنه ومرضاه هو اعتداء منه على حقهم بالخصوصية، وهو الحق الذي صانته الدساتير والقوانين المختلفة من جزائية ومدنية وغيرها.

كيف يستطيع الطبيب التحلل من الالتزام بالمحافظة على السر المهني؟

لا يستطيع الطبيب أن يتحلل من المسؤولية الجزائية والمدنية والمهنية والمسلكية اذا باح بالسر الطبي، إلا إذا استطاع أن يثبت انه قام بما قام به تنفيذاً لالتزاماته السامية والعالية تجاه الدولة والمجتمع الذي هو أحد أركانه.

فقد أوجبت القوانين المختلفة من جزائية ومدنية ومسلكية وصحية على الطبيب اعلام السلطات العامة، والصحية، ودوائر الأحوال المدنية، عن حوادث وأمور وقضايا ومشاكل تصل لعلم الطبيب بصفته طبيباً يمارس مهنة الطب. وجاءت هذه القوانين والتشريعات المختلفة فسلخت عن الطبيب الذي يقوم بانفاذ هذه الواجبات، نقول سلخت عن عمله هذا الصفة الجرمية، بل على العكس فهي لم تعتبر ان قيامه بالاخبار عنها يشكل خطيئة مسلكية، كما لم تعتبر فعله استهتاراً بالسر المهني وعدم المحافظة على قدسيته، لأن القول بغير هذا معناه أن نجبر الطبيب على اعلام السلطات المختصة بواقعة معينة، حتى ما اذا أخبر عنها لاحقناه بجرم إفشاء السر المهني.

وسنرى فيما يلي هذه الواجبات على الطبيب والتي اقتضتها اما ضرورات أمنية، أو قومية، أو دفاعية عن المجتمع وافراده وشرائحه المختلفة، أو صحية وقائية وعلاجية، أو ديموغرافية اقتصادية وسكانية أو اجتماعية، مثال ذلك:

(أ) اخبار السلطات المختصة بالدولة عن الجرائم التي علم بها الطبيب من خلال ممارسته لمهنته الطبية:

رأينا فيما سبق أن بعضاً من قوانين ممارسة مهنة الطب في بعض الدول قد أوجبت على الطبيب القيام بالاخبار عن الجرائم التي يمكن أن تقع - أي قبل وقوعها - بهدف اعطاء الفرصة للسلطات المختصة للحيلولة ما أمكن دون وقوعها.

وقيام هذا الطبيب بالاخبار هو واجب عليه أولاً، ولا يمكن اعتباره افشاء لسر المهنة ثانياً، لأن القانون أوجب عليه القيام بهذا العمل فسلخ عنه الصفة الجرمية وأصبح يعتبر سبباً من أسباب التبرير (أو الإباحة كما تسمى بمصر أو بعض الدول العربية)، وصار قيامه بالاخبار يدخل حسب رأينا تحت تسمية **أداء الواجب**. شأنه في ذلك شأن أي انسان يقوم بأداء الواجب القانوني.

كما ان عدداً من قوانين العقوبات العربية قد أوجبت على الطبيب القيام بالإخبار عن الجرائم التي وصلت لسمعه أو أنه عالج ضحاياها.

كما ان بعضها عاقب مثل هذا الطبيب الذي يهمل الإخبار عن هذه الجرائم التي تَعَرَّض لها من عالجهم ذلك الطبيب مثال ذلك:

نص المادة ٤٠٠ من قانون العقوبات اللبناني ومثيلتها المادة ٣٩٠ من قانون

العقوبات السوري وأيضاً المادة ٢٠٧ من قانون العقوبات الأردني، والمادة ٢٥٩ من قانون العقوبات الليبي، والمادة ٤٩٨ من قانون العقوبات العراقي، والمادة ٢٥٢ من مشروع قانون العقوبات الكويتي، التي نحت منحى هذه القوانين، دون أن ننسى أيضاً نص المادة ٢٧٣ من قانون عقوبات دولة الامارات العربية المتحدة الجديد الصادر عام ١٩٨٧.

وسنذكر فيما يلي نص المادتين ٣٩٠ السورية ونص المادة ٢٧٣ من قانون العقوبات الاماراتي لتسهيل المقارنة واحاطة القارىء علماً بواجب الإخبار:

فقد نصت المادة ٣٩٠ السورية ومثيلتيها المادة ٤٠٠ لبناني والمادة ٢٠٧ أردني على ما يلي: «من قام حال مزاولته احدى المهن الصحية باسعاف شخص يبدو انه وقعت عليه جناية أو جنحة تجوز ملاحقتها دون شكوى ولم ينبىء السلطة بها عوقب بغرامة مائة ليرة سورية.

ونصت المادة ٢٧٣ الاماراتية على ما يلي: «يعاقب بالحبس ...، كل من قام في اثناء مزاولته مهنة طبية أو صحية بالكشف على شخص متوفي أو باسعاف مصاب اصابة جسيمة وجدت به علامات تشير إلى ان وفاته او اصابته من جريمة او اذا توفرت ظروف أخرى تدعو الى الاشتباه في سبب الوفاة أو الاصابة ولم يبلغ السلطات بذلك».

ونعتقد بأن بقية قوانين العقوبات العربية لم تأت بنص مشابه لنصوص المواد اللبنانية والسورية والليبية والعراقية والإماراتية.

وقد يبدو للقارىء ان هناك تعارضاً أو تناقضاً بين واجب الطبيب بالحفاظ على سر المهنة الطبية وحقه في عدم البوح بأسرارها حتى لا يتعرض للمساءلة الجزائية والمدنية والمسلكية أو المهنية من جهة، وبين واجبه في الإخبار عن الجرائم التي علم بها من خلال ممارسته لمهنته الطبية.

ولكن المتفحص لهذا الأمر يجد ان المشرع الجزائي قد اختار أهون الشرين، وذلك ضمن حدود معينة، اهمها أن يكون الطبيب قد اطلع اثناء معالجة أحد الأشخاص من انه كان ضحية جريمة من الجرائم أو انه كان بطلها أو من ارتكبها، أو ان يكون الطبيب قد قصد من الاخبار او الافشاء منع حدوث أو وقوع جريمة لَمَّا ترتكب بعد[٣٢].

(ب) اخبار السلطات المختصة بالدولة عن الأشخاص الخطرين على أنفسهم وعلى الآخرين، نتيجة اصابتهم بمرض أو نقص عقلي كبير، أو بتسمم مرضي ناتج عن تعاطيهم لمواد مسكرة أو مخدرة:

نصت المادة ٧١٧ من قانون العقوبات الايطالي الصادر عام ١٩٣٠ قبل الغائها بموجب المادة (١١) من القانون رقم ١٨٠ الصادر في ١٩٧٨/٥/١٣ على تغريم كل

من قام حال مزاولته احدى المهن الصحية بفحص أو معالجة شخص مصاب بمرض أو نقص عقلي كبير أو بتسمم مزمن ناتج عن تعاطيه مواد مسكرة أو مخدرة ينبىء أو يدل عن خطورته على نفسه أو على الآخرين، ويهمل اعلام السلطة.

ولا وجود (حسب علمنا) في جميع قوانين عقوبات الدول العربية لأي نص مشابه لنص المادة ٧١٧ الايطالية الملغاة التي كانت تخلق بتقديرنا اشكالات مهنية للطبيب المعالج تجعله يضحي بسر المهنة.

ولكن المتفحص للمادة المذكورة يجد ان المشرع الجزائي الايطالي كان قد اختار اهون الشرين فَضَحَّى بسر المهنة والزم الطبيب اعلام السلطة اذا وجد أحد زبائنه يعاني من مرض أو نقص عقلي كبير[٣٣]، أو أنه مصاب بتسمم مزمن ناتج عن تعاطيه لمواد مسكرة أو مخدرة، وذلك توقياً لما قد يرتكبه هذا المريض من أفعال على نفسه كالانتحار أو التشويه أو ايذاء نفسه، أو على غيره من قتل أو ايذاء وغير ذلك من جرائم. وبمعنى آخر فقد كانت المادة ٧١٧ الايطالية قبل الغائها تعتبر الطبيب أحد المساهمين في مكافحة الاجرام والمجرمين نتيجة هذا الدور الوقائي الذي اسنده اليه المشرع الجزائي[٣٤].

(جـ) اخبار السلطات المختصة بالدولة عن الأوبئة والأمراض السارية:

حفاظاً على صحة وسلامة أفراد المجتمع والمجتمع نفسه، فقد نصت القوانين والتشريعات الطبية والجزائية المختلفة على واجب الطبيب في اعلام السلطات المختصة في الدولة من صحية أو غيرها، عن الأمراض السارية والأوبئة التي تصل لمعرفته اثناء معالجته أو زيارته لأحد المرضى أو المصابين، وسنذكر فيما يلي بعضاً منها:

فقد نصت الفقرة الأولى من المادة الثانية من قانون منع سراية الأمراض السارية السوري رقم ١٨٤ الصادر بتاريخ ١٩٤٥/٥/٢٦، على أن الاخبار عن الأمراض السارية واجب على الطبيب المداوي والطبيب الزائر وطبيب الصحة والقابلة والممرض والممرضة.

ونصت المادة الثامنة من قانون درء أخطار الأمراض الزهرية السوري رقم ٣١٦ الصادر في ١٩٥٢/٤/٢٦ على واجب الطبيب القائم بمداواة مريض مصاب بمرض زهري يخشى منه العدوى إخبار السلطات الصحية:

١ ـ في حالة عدم مواظبة المريض على المعالجة أو الفحص.

٢ ـ في حالة امكان نقل المريض المرض الى غيره بسبب مهنته أو علاقاته الشخصية[٣٥].

ونصت النبذة الثالثة من الفقرة (أ) من المادة ٤٦ من قانون مزاولة المهن الطبية

السوري رقم ١٢ الصادر في ١٩٧٠/١/١٧ على ان من واجبات ذوي المهن الطبية «الاخبار عن الأمراض السارية وفقاً للقوانين النافذة». كما نصت المادة الثانية من القانون رقم ٨ الصادر بالكويت عام ١٩٦٩ على واجب الأطباء الاخبار عن الأمراض السارية.

ونصت المادة التاسعة من قانون مزاولة مهنة الطب البشري الصادر في الكويت عام ١٩٨١ على واجب الطبيب الذي يشتبه باصابة مريض بأحد الأمراض السارية ابلاغ الجهة المختصة بوزارة الصحة العامة، وعليه اتباع ما تصدره اليه الوزارة المذكورة من تعليمات بهذا الشأن.

وقد جاءت المادة (١٤) من قانون مزاولة مهنة الطب البشري رقم (٧) الصادر في دولة الإمارات العربية المتحدة بتاريخ ١٩٧٥/١٠/٢١ فقالت:

«اذا اشتبه الطبيب في اصابة مريض باحدى الأمراض السارية وجب عليه ابلاغ وزارة الصحة خلال اربع وعشرين ساعة على الأكثر لاتخاذ الاجراءات الوقائية اللازمة.

وفي حالة الاشتباه باصابة المريض بأحد الأمراض التي تستوجب الحجر الصحي يجب التحقق من عنوان المريض والابلاغ عنه فور اكتشاف الحالة اذا لم يكن التحفظ عليه في العيادة ممكناً».

وقد ذكرت هذه المادة الأمراض التي تستوجب الحجر الصحي وهي الطاعون والكوليرا والجدري والتيفوس والحمى الصفراء والحمى الراجعة وأية أمراض وبائية أخرى تستوجب الحجر الصحي يصدر بها قرار من وزير الصحة.

(دً) اخبار السلطات المختصة بالدولة عن المواليد والوفيات:

نصت المادة (٢٦) من قانون الأحوال المدنية السوري رقم ٣٧٦ الصادر في ١٩٥٧/٤/٢ على واجب الطبيب والقابلة (المولِّدة) إخبار أمين السجل المدني بالولادات خلال المهلة المنصوص عليها بالمادة ٢٢ من القانون المذكور.

كما نصت المادة ٤٧ من هذا القانون على واجب الطبيب الاخبار عن حوادث الوفاة التي شاهدها[٣٦].

والجدير بالذكر ان امتناع الطبيب أو العاملين في الحقل الطبي عن ابلاغ السلطات المختصة في الدولة عن:

- الجرائم التي علم بها من خلال ممارسته لمهنته الطبية.
- الأشخاص الخطرين لاصابتهم بنقص عقلي كبير، أو بتسمم مرضي ناتج عن تعاطيهم لمواد مسكرة أو مخدرة.
- الأوبئة والأمراض السارية والخطيرة مثل (الايدز أو نقص المناعة المكتسب في حال

وجود نصوص قانونية تفرض عليه الاخبار عن هذا المرض الخطير).

ـ الولادات والوفيات.

نقول ان امتناعه يعتبر نوعاً من أنواع **الجريمة السلبية** التي ترتكب وتتم بمجرد امتناعه عن القيام بما أمرت به القوانين والأنظمة في الدولة.

وقد سوّت قوانين العقوبات العامة والخاصة بين ان ترتكب الجريمة بصورة عامة، بفعل مادي ايجابي أو بالامتناع، وهي الصورة السلبية لبعض الجرائم مثل ذلك نص المادة ١٨٨ من قانون العقوبات السوري التي سوت بين الفعل وعدم الفعل (الامتناع) أو الجريمة السلبية.

وكذلك نص المادة (٣١) من قانون عقوبات دولة الإمارات العربية المتحدة الجديد القائلة: «يتكون الركن المادي للجريمة من نشاط اجرامي بارتكاب فعل أو الامتناع عن فعل متى كان هذا الارتكاب أو الامتناع مجرَّماً قانوناً.

كما سوّت بعض قوانين العقوبات الأخرى مثل اللبناني والسوري بالمسؤولية عن الجريمة عند تحقق صلة أو رابطة السببية بين الفعل أو الامتناع وبين النتيجة الجرمية، وهذا حال المادة ٢٠٤ من قانون العقوبات اللبناني، والمادة ٢٠٣ من قانون العقوبات السوري القائلة في فقرتها الأولى المشابهة لمثيلتها اللبنانية: «**ان الصلة السببية بين الفعل وعدم الفعل من جهة، وبين النتيجة الجرمية من جهة أخرى**، لا ينفيها اجتماع أسباب أخرى سابقة... الخ الفقرة.

العقاب على جريمة افشاء السر الطبي Medical Confidentiality:

بعد أن تكلمنا عن السر الطبي وأهمية الحفاظ عليه وصيانته وعدم البوح به، والقوانين والتشريعات المختلفة عربية وأجنبية التي صانته وحرّمت البوح به، والحالات التي يستطيع الطبيب معها التحلل من واجبات الحفاظ على السر المهني، بعد هذا كله، نرانا أمام ضرورة الكلام عن العقوبات التي تفرض على من يبوح بالسر الطبي في غير الحالات التي سمحت بها القوانين والتشريعات الطبية التي تنظم ممارسة مهن الطب في مختلف الدول للطبيب في التحلل من التحريم والعقاب على أفعال الافشاء.

كما نرانا أمام ضرورة الكلام عن وجود جرائم أخرى قد تقترن بالافشاء فتشدد من وصفه الجرمى أو تقلبه لوصف جرمي آخر، أو تشدد في عقاب الطبيب وغيره من العاملين في الحقل الطبي، كما لو لجأ الطبيب لاستغلال السر الطبي **كوسيلة من وسائل التهديد أو الابتزاز**.

وسنبدأ بالكلام عن العقاب على جريمة افشاء السر الطبي:

ذكرنا بالصفحات ١٥٤ ـ ١٥٨ اتجاه بعض القوانين العربية والأجنبية من عقوبات

وقوانين ممارسة المهن الطبية في الحفاظ على الأسرار الطبية.

والجدير بالذكر ان افشاء السر الطبي يُعَرِّضْ الطبيب أو العاملين في الحقل الطبي لمسؤوليات جزائية (جنائية كما تسمى بمصر وبعض الدول العربية) كما تعرضهم للمسؤولية المدنية بالتعويض وجبر الضرر اضافة للمسؤولية المهنية أو المسلكية أمام نقاباتهم المختلفة.

كما سنتكلم بصورة مختصرة عن مسؤوليتهم سنداً لبعض قوانين العقوبات العربية ثم الأجنبية، - كلما استطعنا إلى ذلك سبيلاً -:

فقد نصت المادة (٣١٠) من قانون العقوبات المصري الصادر عام ١٩٣٧ على ما يلي: «كل من كان من الأطباء أو الجراحين أو الصيادلة أو القوابل أو غيرهم، مودعاً إليه بمقتضى صناعته أو وظيفته سر خصوصي إئتمن عليه، فافشاه في غير الأحوال التي يلزمه القانون فيها بتبليغ ذلك، يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة شهور أو بغرامة لا تتجاوز خمسين جنيهاً مصرياً».

ونصت المادة (٥٦٥) من قانون العقوبات السوري الصادر عام ١٩٤٩ على ما يلي: «من كان بحكم وضعه أو وظيفته أو مهنته أو فنه على علم بسر وافشاه دون سبب مشروع أو استعمله لمنفعته الخاصة أو لمنفعة آخر عوقب بالحبس سنة على الأكثر وبغرامة لا تتجاوز المائتي ليرة اذا كان الفعل من شأنه أن يسبب ضرراً ولو معنوياً».

والمادة ٥٦٥ السورية منقولة نقلاً عن المادة ٥٧٩ اللبنانية الواردة في قانون العقوبات اللبناني الصادر عام ١٩٤٣.

كما نصت المادة (٤٣٧) من قانون العقوبات العراقي الصادر عام ١٩٦٩ على ما يلي:

«يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين وبغرامة لا تزيد على مائتي دينار أو باحدى هاتين العقوبتين كل من علم بحكم وظيفته أو مهنته أو صناعته أو فنه أو طبيعة عمله بسر فأفشاه في غير الأحوال المصرح بها قانوناً أو استعمله لمنفعته الخاصة أو منفعة شخص آخر. ومع ذلك فلا عقاب اذا أذن بافشاء السر صاحب الشأن فيه أو كان افشاء السر مقصوداً به الإخبار عن جناية أو جنحة أو منع ارتكابها».

وأخيراً فقد نصت المادة (٣٧٩) من قانون عقوبات دولة الإمارات العربية المتحدة الصادر عام ١٩٨٧ على ما يلي: «يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة وبالغرامة التي لا تقل عن عشرين ألف درهم أو باحدى هاتين العقوبتين من كان بحكم مهنته أو حرفته أو وضعه أو فنه مستودع سر فأفشاه في غير الأحوال المصرح بها قانوناً أو استعمله لمنفعته الخاصة أو لمنفعته شخص آخر، وذلك ما لم يأذن صاحب الشان في السر بافشائه أو استعماله.

وتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على خمس سنين اذا كان الجاني موظفاً عاماً أو مكلفاً بخدمة عامة واستودع السر اثناء أو بسبب أو بمناسبة تأدية وظيفته أو خدمته ».

أما بالنسبة لجريمة افشاء السر في قوانين العقوبات الأجنبية فسنكتفي فيما يلي بايراد نص المادة ٦٢٢ من قانون العقوبات الايطالي الصادر عام ١٩٣٠ والتي تعتبر حسب رأينا أصل المادتين ٥٧٩ اللبنانية و٥٦٥ السورية.

تقول المادة ٦٢٢ الايطالية: «من كان بحكم وضعه أو وظيفته أو مهنته أو فنه، على علم بسر وأفشاه دون سبب مشروع، أو استخدمه (استعمله) لمنفعته الخاصة أو لمنفعة آخر عوقب بالحبس سنة على الأكثر أو بالغرامة من ٦٠٠٠٠ ـ ١٠٠٠٠٠٠ لير ايطالي اذا كان الفعل من شأنه ان يسبب ضرراً لصاحب السر. وتتوقف الملاحقة في هذه الجريمة بناء على شكوى المتضرر».

مسؤولية الأطباء عن افشاء السر الطبي سنداً لبعض قوانين ممارسة المهن الطبية العربية والأجنبية.

سبق لنا الكلام عن قوانين ممارسة مهنة الطب المختلفة عربية وأجنبية التي حَرَّمَتْ إفشاء السر الطبي (Medical Secret) وحتى تلك التي سمحت بافشائه ضمن شروط معينة، وذلك بالصفحات ١٥٥ ـ ١٥٩ فليعد لها من يشاء.

وسنكتفي فيما يلي بالاشارة الى نصوص مواد تلك القوانين والأنظمة والتشريعات المختلفة التي عاقبت على الافشاء بعقوبات مهنية أو مسلكية.

ومثال ذلك:

ـ نص النبذة الأولى من الفقرة الأولى من المادة ٤٦ من قانون مزاولة المهن الطبية السوري رقم ١٢ الصادر بتاريخ ١٩٧٠/١/٧ التي أوجبت على ذوي المهن الطبية المحافظة على أسرار المهنة ضمن حدود القانون.

وقد نصت المواد (٤٨ ـ ٥٣) من هذا القانون على عقاب من يخالف أحكامه بعقوبات مهنية أو مسلكية مختلفة كاغلاق المحل أو الحبس من ثلاثة أشهر الى السنة، أو الغرامة، وكذلك سحب الترخيص، والمنع من مزاولة المهنة بأية صفة كانت لمدة محدودة، وفي حال التكرار يجوز سحب الشهادة الطبية للمخالف واسقاط جميع الحقوق الممنوحة له بموجبها، واعتبار ما قام به الفاعل مخالفة مسلكية يعود أمر النظر فيها الى مجلس تأديب النقابة المختصة في حال وجوده، وإلاّ يحال المخالف الى القضاء.

ـ نص الفقرة الثالثة من المادة (٢٠) من قانون التنظيم النقابي للأطباء البشريين السوري رقم (٣١) الصادر عام ١٩٨١ التي أوجبت على الأطباء المحافظة على الأسرار التي يطلعون عليها بسبب مهنتهم، وتجنب إفشائها إلا في الأحوال التي توجبها القوانين النافذة.

وقد نصت المادة (٧٤) من هذا القانون على العقوبات المسلكية بحيث تتراوح بين التنبيه، التأنيب، الغرامة، المنع من مزاولة المهنة مؤقتاً ومؤبداً أو نهائياً وشطب القيد من سجل النقابة ومن سجل الأطباء لدى وزارة الصحة.

ـ نص المادة (١٣) من قانون مزاولة مهنة الطب البشري في دولة الإمارات العربية المتحدة رقم (٧) الصادر بتاريخ ١٩٧٥/١٠/٢١ التي أوجبت على الطبيب إلاّ يفشي سراً خاصاً وصل الى علمه بسبب مزاولته المهنة سواء كان المريض قد عهد إليه بهذا السر وإئتمنه عليه أو كان الطبيب قد أطلع عليه بنفسه... الخ، المادة التي أوردناها بالصفحتين ١٥٦ و١٥٧ من هذا الموضوع.

ومن الرجوع لأحكام هذا القانون لا نجد نصاً خاصاً يتعلق بعقاب افشاء الطبيب للسر المهني أو الطبي بل اننا نجد نص المادة (٣٠) منه والتي وردت على الشكل التالي:

«كل مخالفة أخرى لأحكام هذا القانون تعتبر مخالفة تأديبية يعود أمر النظر فيها الى اللجنة المنصوص عليها في المادة الرابعة من هذا القانون. والعقوبات التأديبية التي يجوز توقيعها على الطبيب المخالف هي: ١ً ـ توجيه النظر، ٢ً ـ الانذار، ٣ً ـ الايقاف عن العمل لمدة لا تجاوز سنة واحدة، ٤ ـ سحب الترخيص شطب الاسم من سجل الأطباء، الخ...، ولا تخل القرارات الصادرة عن اللجنة بالمسؤولية الجزائية التي قد تترتب على المخالفة.

ـ نص المادة (٦) من قانون مزاولة مهنة الطب البشري وطب الأسنان والمهن المعاونة لهما رقم (٢٥) الصادر بالكويت عام ١٩٨١ التي أوجبت على الطبيب ألاّ يفشي سراً خاصاً وصل الى علمه عن طريق مهنته سواء أكان هذا السر مما عهد به إليه المريض وائتمنه عليه أم كشفه الطبيب بنفسه أم سمع به إلاّ بأمر من المحكمة لتحقيق سير العدالة، الخ. المادة... التي ذكرناها بالصفحة ١٥٦ من هذا الموضوع.

والجدير بالذكر ان العقوبات المسلكية في هذا القانون الكويتي قد نُصَّ عليها بالمواد ٣٨ ـ ٤٢ منه وهي لا تكاد تختلف عن مثيلاتها في القانون السوري رقم ٣١ المذكور آنفاً. إلا بالنسبة للمادة ٣٩ القائلة:

«مع عدم الاخلال بالمسؤولية الجزائية أو المدنية، تختص **لجنة التراخيص الطبيَة** بالمحاكمة التأديبية للمرخص لهم في ممارسة احدى المهن المنصوص عليها في هذا القانون، أو المرخص لهم في فتح عيادة أو محل لمارستها، وذلك فيما يرتكبونه من مخالفات لأحكام هذا القانون أو لأصول ومقتضيات وآداب المهنة».

وهكذا تبين لنا الأمور التالية:

ـ لا وجود لعقوبات خاصة على افشاء الأسرار الطبية فقط، بل ان الطبيب، يعاقب

بالعقوبات المسلكية المنصوص عليها بقوانين ممارسة المهن الطبية لجميع المخالفات المسلكية العادية.

ـ ان العقوبات المسلكية التي عددناها، مستقلة عن باقي العقوبات الجزائية التي يمكن أن تفرضها المحاكم، كما انها مستقلة عن المسؤولية المدنية بالتعويض أو غير التعويض التي يمكن أن تحكم بها المحاكم المدنية أو حتى الشرعية الموجودة في بعض الدول وبعض الأنظمة القضائية الأخرى.

ـ ان العقوبات المسلكية التي يمكن أن تفرض من أجل افشاء الأسرار تتشابه مع العقوبات المسلكية الأخرى المترتبة على مخالفات آداب مهنة الطب المنصوص عليها في قوانين أو أنظمة ممارسة المهن الطبية بجميع الدول.

استخدام السر الطبي كوسيلة للابتزاز أو التهديد:

لم تتعرض المواد القانونية التي أوردنا نصها الحرفـي فيما سبق لا من قريب ولا من بعيد للابتزاز أو التهديد، الذي قد يصاحب احدهما افشاء السر، بل اكتفت هذه المواد بتجريم وعقاب مجرد الافشاء العادي أو البسيط.

ومن البدهي القول ان سكوت قوانين العقوبات عن ايراد نصوص خاصة لمعاقبة التهديد بافشاء السر الطبي أو جعله اداة ابتزاز ومساومة يجعلنا نعود لتطبيق أحكام المواد العامة التي نصت على عقوبات خاصة لجرائم الابتزاز أو التهديد.

وقد نجد في عالم الواقع بعض حالات من افشاء السر الطبي المصحوبة بالابتزاز أو التهديد بالافشاء وخاصة بالنسبة لحالات **التلقيح الاصطناعي** وتضيق هذه الأسطر عن ايرادها بالتفصيل.

ونعتقد بأن مواد جرائم التهديد الواردة في العديد من قوانين العقوبات العربية والأجنبية تتسع وتشمل حالات التهديد والابتزاز بافشاء كافة الأسرار ومنها الأسرار الطبية أيضاً.

وننصح القارىء العودة للمواد ٥٥٩ ـ ٥٦٤ من قانون العقوبات السوري، والمواد ٣٥١ ـ ٣٥٣ من قانون عقوبات دولة الإمارات العربية المتحدة[٣٧].

وفي معرض كلامنا عن الابتزاز (Speculation) لا ننسى أيضاً الإشارة إلى قيام بعض الأطباء في أيامنا هذه بتصرفات شاذة تسلخ عمّن يقوم بها الصفة الطبية من جهة لمخالفتها مهنة الطب وآدابها، وتعرّض من يرتكبها للعقوبات والتدابير الاحترازية وغير الاحترازية المنصوص عليها بالقوانين والأنظمة المرعية في الدولة نفسها من جهة ثانية.

فقد كثر في الآونة الأخيرة ادمان بعض الأشخاص على تعاطي الأدوية والعقاقير المهدّئة والمسكّنة وحتى المخدرة على اختلاف أنواعها وأشكالها ومصادرها. بحيث صار

العديد منهم يتردد على العيادات الخاصة وغير الخاصة للأطباء النفسانيين بقصد الحصول على هذه الأدوية أو العقاقير.

وكما يقول الدكتور ابراهيم حسن الخضير في مقالة القيم المنشور في الصفحة ٧ من العدد /٧٣١٦/ من جريدة «**الرياض**» الصادرة بالسعودية يوم الاثنين الواقع في ١٩٨٨/٧/٤، والوارد تحت عنوان: «**العيادات النفسية الخاصة... ماذا عنها..؟، حتى الآن لا يوجد تنظيم للعيادات النفسية... وتحديد أجر الطبيب النفسي في العيادات الخاصة متروك لاجتهاده، الطبيب النفسي يجب أن يكون «مأموناً» على أسرار مرضاه ولا يستغل هذا الوضع في الابتزاز، وزارة الصحة لا تقوم بالاشراف الفني المطلوب على العيادات النفسية الخاصة... أو تراقب سير أعمالها**.

« فقد صار هؤلاء الأطباء يصرفون الأدوية للمرضى بكثرة ـ وقد يكون أحياناً بالاتفاق مع الصيدليات ـ ومرات بدون داع لهذه الأدوية، وكثيراً ما يقتصر دور هذه العيادات فقط على تمويل الأشخاص بالأدوية المهدئة التي يطلبها المرضى حتى بدون أن يقوم الطبيب بفحص الحالة العقلية للمريض ومراعاة ما اذا كان يستحق أن يصرف له العلاج المطلوب أم لا... فكل ما يهم الطبيب هو أن يحصل على الأجرة من المريض وبعد ذلك يفعل المريض ما يشاء. وربما أيضاً لضيق الوقت في العيادات النفسية الخاصة فان الطبيب يكتفي بسؤال المريض عن الأدوية التي يستعملها أو الأدوية التي يرتاح لها ويقوم بكتابتها له... وحتى الآن ما زالت قضية الأدوية المهدئة تشكل معضلة بالنسبة لاستعمالها. فرغم أن القانون لا يجيز صرفها إلا بوصفة طبية مختومة فان هناك تلاعباً، حيث يستطيع أي موظف في عيادة طبيب أن يختم الوصفة بختم العيادة ويعطيها للمريض».

وقد ورد مقال الدكتور ابراهيم حسن الخضير الذي ذكرنا بعضاً منه فيما سبق، نقول انه ورد كرد فعلى على قيام طبيب في دولة ما باستغلال وابتزاز فتاة مريضة ميسورة الحال لحد ما، والزامها بين الحين والآخر بدفع أجور له لمجرد حاجتها لدواء مسكّن، الأمر الذي أحدث لديها استياء من الطبيب ومن تصرفاته، ودفعها الى رشوة موظف الاستقبال لدى الطبيب كي يختم لها الوصفة حتى تستطيع أن تصرف الأدوية المهدئة من الصيدلية، متجنبة رؤية الطبيب ودفع أجور معاينة باهظة دون قيامه بأي عمل إلا اعادة تحرير نفس الدواء بل نفس وصفة الدواء التي كان قد حرّرها لها منذ أول زيارتها له.

والجدير بالذكر ان الدكتور خضير قد أكد في مقاله المذكور آنفا على ان أهم عامل في ممارسة مهنة الطب هي أخلاق الطبيب، وان الأخلاق هي أهم ما يجب أن يتمتع به الطبيب، وان أول شرط من شروط ممارسة الطبيب لمهنته الطبية هو أن يكون الطبيب

بصورة عامة مأموناً بل مؤتمناً على أسرار مرضاه، والأمر أكثر الزاماً إذا كان الطبيب ممن يمارس الطب النفسي.

فالأسرار التي يقولها المريض النفسي لطبيبه هي أسرار خطيرة سواء كانت أخلاقية أم غير ذلك. وكون الطبيب المختص بالأمراض النفسية يستغل ظروف انسانيةٍ أفضت بأسرارها أو انسان تحدث له عن جرائمه مثلاً ويقوم بابتزاز أموال مقابل الحفاظ على هذه الأسرار، فهذا كما (يقول الدكتور الخضير) من أحقر الأمور، وهذا الشخص لا يستحق ان يحمل كلمة طبيب على الاطلاق.

والجدير بالذكر هنا ان المواد ١٧ ـ ٢٧ من الفصل الرابع من القانون العربي النموذجي الموحّد للمخدرات الذي صدر عن مجلس وزراء الداخلية العرب خلال دورته الرابعة التي عقدت في مدينة الدار البيضاء في الرباط بالفترة الكائنة ما بين ٤ ـ ٥ شباط/فبراير من عام ١٩٨٦، نقول ان المواد المذكورة كانت قد تنبهت لمثل هذه الأعمال التي قد ترتكب من الأطباء أو الصيادلة أو غيرهم ممن يعملون في الحقل الطبي.

وننصح القارىء الذي يريد الاطلاع على النص الأصلي **للقانون العربي النموذجي الموحّد للمخدرات لعام ١٩٨٦**، العودة للصفحات ١٥٣ ـ ١٧٦ من العدد الرابع من المجلة العربية للدراسات الأمنية الصادر بشهر شوال من عام ١٤٠٧ هـ الموافق لشهر حزيران/يونيو من عام ١٩٨٧م، عن المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب بالرياض في المملكة العربية السعودية.

ونظراً لأهمية المواد ١٧ ـ ٢٧ المنوّه عنها أعلاه واتماماً للفائدة فاننا سنوردها فيما يلي دون تعليق لوضوح أكثرها.

فقد نصت المادة (١٧) على أنه:

«لا يجوز للأطباء المرخص لهم بمزاولة مهنة الطب أن يصفوا المواد المخدرة أو المؤثرات العقلية لأي مريض الا بقصد العلاج الطبي.

ويحظر على الطبيب أن يحرر لنفسه وصفة بأية كمية من المواد المخدرة أو المؤثرات العقلية لاستعماله الخاص».

ونصت المادة (١٨) على أنه: «يجوز للأطباء المرخص لهم بمزاولة مهنة الطب أن يحوزوا في عياداتهم الخاصة بعض المواد المخدرة أو المؤثرات العقلية لاستعمالها عند الضرورة الملحة، بشرط أن يتم الاحتفاظ بهذه المواد في شكلها الذي يتفق مع استعمالها الطبي المعد له دون تغيير... ويجوز للأطباء المشار إليهم علاج المرضى بهذه المواد خارج عياداتهم في الحالات الطارئة.

ويحظر على الطبيب أن يصرف أياً من هذه المواد لمرضاه بقصد استعمالها بأنفسهم،

ويجب على الطبيب مراعاة الأحكام الخاصة بحيازة المواد المخدرة والمؤثرات العقلية المذكورة في المادة ٣١ من هذا القانون».

ونصت المادة (١٩) منه على أنه: «يجوز للأفراد حيازة مواد مخدرة أو مؤثرات عقلية لاستعمالهم الخاص ولأسباب صحية بحتة، وذلك في حدود الكميات التي يصفها لهم الأطباء المرخص لهم بمزاولة مهنة الطب... ولا يجوز لهم التنازل عن هذه المواد لأشي شخص آخر مهما كانت الأسباب».

ونصت المادة (٢٠) منه على أنه: «لا يجوز للصيادلة أن يصرفوا مواداً مخدرة أو مؤثرات عقلية إلا بموجب وصفة طبية من طبيب مرخص له بمزاولة مهنة الطب أو بموجب بطاقة رخصة صادرة عن وزارة الصحة.

ونصت المادة (٢١) منه على أنه: «يصدر وزير الصحة قرارا بالبيانات والشروط الواجب توافرها في الوصفات الطبية التي توصف بمقتضاها مواد مخدرة أو مؤثرات عقلية للصرف من الصيدليات وله تحديد المقادير التي لا يصلح مجاوزة صرفها لكل مريض شهرياً».

ونصت المادة (٢٢) منه على أنه: «لا يجوز للصيادلة صرف وصفات طبية تحتوي على مواد مخدرة أو مؤثرات عقلية بعد مضي ثلاثة أيام من تاريخ تحريرها».

ونصت المادة (٢٣) منه على أنه: «لا ترد الوصفات الطبية المحتوية على مواد مخدرة أو مؤثرات عقلية لحاملها، ويحظر استعمالها أكثر من مرة، ويجب تسجليها في دفتر قيد الوصفات الطبية مع رقم قيدها وتاريخ صرفها وتوقيع الصيدلي وخاتم الصيدلية، وحفظها في الصيدلية بعد توقيع الصيدلي عليها ومهرها بخاتم الصيدلية، وتثبيت تاريخ قيدها عليها ورقم قيدها في دفتر الوصفات المذكورة، ويعطي حاملها صورة عنها يذكر عليها مقدار الكمية المنصرفة وتاريخ صرفها وتوقيع الصيدلي وخاتم الصيدلية، ولا يجوز استخدام الصورة في الحصول على مواد مخدرة أو مؤثرات عقلية، أو على أدوية تحتوي على أي من هذه المواد».

ونصت المادة (٢٤) منه على أنه: «يصدر وزير الصحة قراراً بالشروط الواجب توافرها للحصول على بطاقات الرخص وبالبيانات الواجب توافرها فيها، ويعين هذا القرار الجهة الادارية المختصة باصدارها، والمقادير التي لا يصح مجاوزة صرفها لصاحب البطاقة».

ولا يجوز منح بطاقة الرخصة اللا للأشخاص الآتين:

(أ) الأطباء المرخص لهم بمزاولة مهنة الطب.

(ب) الأطباء الذين تخصصهم المستشفيات والمصحات والمستوصفات التي ليس بها صيادلة.

ونصت المادة (٢٥) منه على أنه: «على الصيادلة أن يبينوا في بطاقة الرخصة الكمية التي صرفوها وتواريخ الصرف وأن يوقعوا على هذه البيانات، ولا يجوز تسليم المواد المخدرة أو المؤثرات العقلية بموجب بطاقة الرخصة إلا بايصال من صاحب البطاقة موضح به بالمداد أو بالقلم النسخ، التاريخ واسم المادة المخدرة أو المؤثر العقلي كاملاً وكميتها بالأرقام والحروف ورقم بطاقة الرخصة وتاريخها وعلى صاحب البطاقة ردها الى الجهة الادارية المختصة خلال أسبوع من تاريخ انتهاء مفعولها».

ونصت المادة (٢٦) منه على أنه: «يجب على الصيدليات ومستودعات الأدوية ومصانعها حفظ المواد المخدرة والمؤثرات العقلية في أوعية خاصة توضع عليها بطاقة تكتب عليها عبارة: «مادة مخدرة» أو «مؤثر عقلي» وحفظ هذه الأدوية داخل دولاب خاص يحكم إغلاقه، ويحتفظ المدير المسئول عن ادارة المحال المذكورة بمفتاحه شخصياً».

وأخيراً، فقد نصت المادة (٢٧) منه على أنه: «ينظم بقرار من وزير الصحة طريقة تداول المواد المخدرة والمؤثرات العقلية في المستشفيات والمصحات والمستوصفات والوحدات التابعة لوزارة الصحة أو الخاصة».

وفي ختام كلامنا على السر الطبي وواجب الحفاظ عليه وعدم البوح به، فاننا ننصح القارىء العودة إلى الرسالة القيمة بعنوان «الحماية الجنائية لا سرار المهنة»، التي تقدم بها السيد أحمد كامل سلامة عام ١٩٨٠ لنيل درجة الدكتوراه من كلية الحقوق بجامعة القاهرة.

وهذه الرسالة فضلا عن ثرائها بالمراجع العربية والاجنبية المتعلقة بحماية الاسرار المهنية المختلفة والمحافظة عليها وعدم البوح بها، فقد تضمنت عددا من الابحاث والمواضيع نورد أهمها فيمايلي:

- اهتمام الشريعة الاسلامية بحفظ الاسرار وتحريم وتجريم افشائها.
- الأساس القانوني للحماية الجنائية للسر المهني.
- انواع الاسرار المهنية.
- اعضاء المهنة الطبية.
- النطاق الموضوعي للسر الطبي، والحكمة من حمايته جنائيا.
- الالتزام بكتمان السر المهني.
- جواز افشاء مرض القاصر إلى والده.
- التنازع بين الالتزام بكتمان السر المهني وواجب اداء الشهادة.
- شروط اعفاء الامين على السر من الشهادة.

- الجزاءات الجنائية والمدنية والتأديبية والاجرائية المترتبة على افشاء السر.
- حالات اباحة افشاء الاسرار.
- اثر رضاء صاحب السر بالافشاء.
- حالة الضرورة كمبرر للافشاء.

كما نشير ايضا إلى موضوع «الاسلام ارسى قواعد المهن الطبية» المنشور في الصفحة الثانية من جريدة الاتحاد الاماراتية الصادرة في ١٩٨٦/١١/١، حيث تكلم كاتبه «الذي لم يذكر أسمه» عن أن العالم المصري ابو الحسن علي بن رضوان، قد اشترط في الطبيب سبع خصال، منها: ان يكون كتوما لاسرار المرضى لا يبوح بشيء عن امراضهم بحال.

الآثار المترتبة على مخالفة آداب المهن الطبية وأصول ممارستها:

ما تزال المبادىء الأخلاقية التي يجب على الطبيب أن يتحلى بها في ممارسته لمهنته الطبية تستأثر بكثير من الاهتمام دولياً، ومحلياً، أو داخلياً، للعديد من الأسباب أهمها:

(أ) لأنه يبنى عليها حسن ممارسته لمهنته الطبية وقيامه بواجباته خير قيام.

(بً) لأنه يبنى عليها أيضاً معرفة المريض بحقوقه وواجباته تجاه الطبيب.

(جً) لأنه يبنى عليها مراقبة القضاء لأعمال الطبيب وتصرفاته القانونية والطبية والأخلاقية، والوقوف على درجة مسؤوليته جزائياً ومدنياً وحتى مهنياً أو مسلكياً.

(د) لأنه يبني عليها مراقبة نقابته لتصرفاته الطبية والسلوكية الأخلاقية مع الناس كافة ومع مرضاه بصورة خاصة، لاتخاذ الاجراءات الكفيلة بتجنيبه السقوط وارتكاب ما يمكن أن ينعكس عليه وعلى مرضاه من آثار قد تعرض الجميع والمجتمع لاضرار لا يحمد عقباها.

وقد اهتمت جميع الدول بتنظيم المبادىء الأخلاقية التي يجب على الطبيب أن يتحلى بها في ممارسته لمهنته الطبية، ولم تكتف بما تضمنه قَسَمْ أبي قراط الطبي (Hippocratic Oath) أو القَسَمْ الطبي الذي يقسمه طلاب كلية الطب لديها قبل أو عند تخرجهم من كلية الطب من مبادىء أخلاقية[٣٨]. بل اندفعت لاستصدار تشريعات وقوانين تضمنت فيما تضمنته آداب مزاولة المهنة الطبية، مثال ذلك على الصعيد العربي: قانون مزاولة المهن الطبية السوري رقم ١٢ الصادر عام ١٩٧٠، وكذلك قانون مزاولة مهنة الطب البشري الامارات رقم ٧ الصادر عام ١٩٧٥، وأيضاً قانون مزاولة مهنة الطب البشري وطب الأسنان والمهن المعاونة لهما الكويتي رقم ٢٥ الصادر عام ١٩٨١.

كما استصدرت بعض الدول ونقابات الأطباء فيها قوانين وتشريعات خاصة نظمت وقعدت موضوع آداب المهنة الطبية مثال ذلك قانون آداب مهنة الطب الايطالي (Codice di Deontologia Medica) الصادر في روما بتاريخ ١٩٧٨/١/٧، وقانون آداب مهنة الطب الفرنسي (Code de Déontologie Médical) الصادر في باريس بتاريخ ١٩٧٩/٦/٢٨.

كما عقدت وما تزال العديد من المؤتمرات الدولية خصيصاً لهذا الموضوع مثال ذلك **مؤتمر الأخلاق الطبية** الذي عقد في باريس عام ١٩٥٥ والمؤتمر الثاني الذي عقد في باريس أيضاً عام ١٩٦٦.

ولا يكاد يخلو مؤتمر من المؤتمرات الطبية القانونية، أو مؤتمرات المسؤولية الطبية من بحث أو أكثر عن المبادىء الأخلاقية التي يجب أن يتحلى بها الطبيب في ممارسته لمهنته الطبية.

وقد ذكرنا في صفحات سابقة عدداً من المواضيع التي بحثت أو قُدِّمَتْ ونوقِشَتْ في هذه المؤتمرات ومن جهات نظر مختلفة، بحيث ننصح القارىء مجدداً العودة اليها.

ولم تترك التشريعات المختلفة المتعلقة بتنظيم ممارسة مهنة الطب الأطباء الذين يسيؤون لها ولآدابها وأصولها من المؤاخذة ومن العقاب ايضاً.

كما لم تتركهم القوانين الجزائية العامة والخاصة من المؤاخذة والعقاب. فضلاً عَمَّا يلحقهم من مسؤوليات مهنية ومسلكية أمام نقاباتهم ومجالسهم الطبية المختلفة، ناهيك عن المسؤوليات المدنية بالتعويضات والردود التي قد يحكم بها على الطبيب المخالف.

وسنُقَسِّم موضوع الآثار القانونية المترتبة على مخالفة آداب المهنة أو المهن الطبية وأصول ممارستها حسب نوع هذه الآثار، من جزائية ومدنية ومهنية أو مسلكية واختلاف المسؤوليات فيها جميعاً.

(آ) بالنسبة للآثار الجزائية:

تختلف هذه الآثار الجزائية (أو الجنائية كما تسمى بمصر وبعض الدول العربية) بين أن تكون):

- قبل حصول المسألة المسلكية أو المهنية أو بعدها.
- نتيجة لجريمة طبية صرفة كاعطاء تقرير طبي كاذب، أو عملية اجهاض بدون ضرورة طبية لانقاذ حياة الحامل، أو افشاء سر المهنة، وغير ذلك مثل التواني عن المساعدة اثناء الكوارث والآفات الطبية. نتيجة لخطيئة مسلكية كبيرة أو مكررة استوجبت احالة الطبيب للقضاء العادي مثال ذلك ما جاء في قانون مزاولة المهن الطبية السوري رقم ١٢ لعام ١٩٧٠ من جواز احالة الطبيب الذي يكرر ارتكاب المخالفات

الطبية المسلكية الى القضاء عند عدم وجود مجلس تأديب لمحاكمة الطبيب المخالف لأحكامه.

- نتيجة ممارسة الطبيب لأعمال أو علاجات وعمليات جديدة مخالفة لمهنة الطب بصورة عامة، وللشروط الطبية والأخلاقية غير التقليدية مثال ذلك:

- كأن يهدف من نقل الأعضاء الربح أو الشهرة أو التجربة.

- كأن يقوم بتشريح جثة أو أخذ اعضاء منها لميت لم يسمح اثناء حياته بأن يخضع بعد مماته لمثل هذه الأمور.

- وكأن يقوم طبيب للتجميل أو طبيب جراح باعادة يد سارق قطعت تنفيذاً لحد السرقة، أو أن يقوم أحدهما بتشويه جسم مجرم بإضاعة أو تبديل علاماته الفارقة أو المميزة افلاتاً له من يد العدالة.

- كأن يقوم طبيب بقطع وسائل الانعاش عن مريض لاقتسام ارثه مع بقية الورثة أو لأسباب أخرى غير انسانية أو طبية.

- أو أن يقوم الطبيب بالمساعدة بأعمال التعذيب (Torture).

- أو أن يقدم الطبيب على اجراء تجارب طبية أو بيولوجية غير مشروعة على السجناء أو الموقوفين، أو الأسرى أو رعايا العدو المدنيين.

- أو أن يقوم بتعقيم أو خصاء المذكورين آنفاً بهدف ابادة الجنس البشري (Génocide).

وبدهي ان الآثار التي تتحصل من الأعمال المذكورة قد تجعل الطبيب مسؤولاً مسؤولية جزائية بموجب قانون عقوبات البلد الذي حصل الفعل فيه، ومسؤولية مدنية، ومسؤولية مسلكية. كما قد يكون مسؤولاً مسؤولية مسلكية فقط، أو مدنية كما سنرى ذلك فيما يلي.

لأن بعض أفعاله قد لا يكون له علاقة بالمسؤولية الطبية بمعناها الحرفي، كاعادة يد السارق التي قطعت تنفيذاً لحد السرقة، بينما نجد هذا الفعل معاقباً كجريمة تضليل العدالة في بعض قوانين العقوبات، وكعمل مخالف لسلوك مهنة الطب في عدم مساعدة المجرمين بالافلات من العدالة بصورة عامة ومن واجب الطبيب مراعاة الأنظمة والقوانين بصورة خاصة[٣٩].

ونشير هنا للمقال القيّم «زرع الاعضاء بين الطب والشريعة» للطبيب نبيل سليم علي، المنشور في الصفحة (١٤) من جريدة الاتحاد الاماراتية الصادرة يوم الجمعة الواقع في ١٩٨٨/٦/١٠.

فقد جاء المقال المذكور استعراضا وتعليقا على رسالة «الحماية الجنائية لعمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي» المقدمة من المعيد محمد زين العابدين إلى كلية الشريعة والقانون بجامعة الازهر لنيل درجة الدكتوراة.

وقد وصل زين العابدين إلى ما سبق وذكرناه حول عدم جواز اعادة يد السارق المقطوعة حدا مرة أخرى عن طريق الزرع أو غيره، لأن ذلك يهدر الغاية من اقامة الحد الشرعي وهي الزجر والردع العام.

وقد يُكَوِّنْ عمل الطبيب جريمة بموجب قانون العقوبات العام مثل افشاء السر الطبي أو اهمال تقديم المساعدة عند حدوث الكوارث والآفات الطبية، كما يكون موضع مساءلة بموجب قانون ممارسة المهنة الطبية وآدابها في دولة ذلك الطبيب.

(٢) ـ بالنسبة للآثار المدنية:

من البداهة أن ينشأ عن الجرائم أو الأخطاء الطبية البحتة أو الصرفة وغير الصرفة التي يرتكبها الأطباء ومن يعمل في الحقل الطبي، العديد من الحقوق المدنية للمتضرر وللنقابة وللدولة ان لم نقل للمجتمع أيضاً، كالتعويض.

ولسنا هنا أمام مناقشة وحدة الخطأ الجزائي والمدني معاً أو استقلالهما عن بعضهما البعض وأيهما يتبع الآخر أو يرتبط به أو يكون سبباً في نشوء الآخر أو ترتبه عليه، وما اذا كانت المحاكم المدنية وغير المدنية (كالشرعية في بعض الدول العربية) غير ملزمة بالحكم بالتعويض المدني اذا كانت المحاكم الجزائية قد أقرت عدم مساءلة الفاعل جزائياً أو برأته نهائياً مما نسب إليه أو ادعي به عليه.

وكتب الفقه الجزائي والمدني المختلفة حافلة بمناقشة هذه المواضيع التي يمكن للقارىء العودة إليها.

ونحن من القائلين باستقلال الخطأ الجزائي عن الخطأ المدني، ومن أراد الاطلاع على مسؤولية الأطباء المدنية فليعد لأعمال «**مؤتمر بنغازي في المسؤولية الطبية**» الذي عقد في شهر تشرين الأول من عام ١٩٧٨ وخاصة موضوع «**الخطأ الطبي**» للدكتور محمد هشام القاسم، وموضوع «**المسؤولية المدنية في الخطأ الطبي**» للدكتور شفيق مصطفى الجراح. وقد اشرنا لهذا المؤتمر بأكثر من مناسبة في صفحات سابقة.

كما ننصحه بالعودة الى أعمال الندوة التي عقدت بجامعة الكويت عام ١٩٨٠ تحت عنوان: «**المشكلات القانونية والانسانية لعلاقة الطبيب بالمريض**»، وقد نشرت أعمال الندوة المذكورة في العدد الخاص من مجلة الحقوق والشريعة التي صدرت بشهر حزيران/يونيو من عام ١٩٨١. علماً بأننا أشرنا لأعمال هذه الندوة بأكثر من مناسبة[٤٠].

٣ً ـ بالنسبة للآثار المهنية أو المسلكية:

تعتبر هذه الآثار **المسلكية أو المهنية** نتيجة طبيعية لما قام به الطبيب من أعمال أو أفعال اعتبرت جرائم بموجب التشريعات الجزائية المختلفة بالدولة التي يعمل بها، سواء أكانت هذه الجرائم عامة، أم طبية صرفة أو (بحتة كما يقال)، أو حتى اخطاء مسلكية نصت عليها قوانين أو أنظمة ممارسة المهن الطبية في تلك الدولة بحيث أنها لا ترقى الى اعتبارها جرائم بالمعنى الجزائي، كقيام الطبيب بالاعلان عن نفسه بوسائل اعلان بعيدة عن الذوق العام أو الحشمة أو خلافاً للأنظمة والقوانين، أو أن يفتح عيادة طبية أو أكثر أو أن يعمل على ايواء المرضى في عيادته بغير حالات الضرورة الماسة، أو أن يبيع الأدوية التي أعطيت اليه كنماذج طبية للاطلاع عليها وعلى مواصفاتها. إلى آخر هذه المخالفات التي تضيق هذه الصفحات عن ذكرها.

وبعض هذه الآثار المسلكية لا يتوقف الفصل فيها على صدور حكم جزائي من القضاء العادي على الطبيب نتيجة لجريمة عادية أو طبية صرفة أو غير صرفة ارتكبها أو نسبت اليه. بل ان الجهات النقابية المسؤولة عن الطبيب تستطيع ضمن النصوص القانونية التي تنظم ممارسته لمهنته الطبية وآدابها، نقول تستطيع محاكمة الطبيب والحكم عليه مسلكياً.

وقد عددّنا في الصفحة ١٦٦من هذا الموضوع الآثار والعقوبات المسلكية التي يمكن أن يحكم بها على الطبيب فليعد إليها من يشاء.

ومن نافلة القول أن نذكر بأن الطبيب يكون مسؤولاً أمام نقابته أو مهنته حتى عن أفعال ليس لها علاقة بممارسته المهنة بأمر من أمور حياته الخاصة.

فقد نص قانون مزاولة المهن الطبية السوري رقم (١٢) لعام ١٩٧٠ على جواز مساءلة الطبيب مسلكياً أو مهنياً إذا تصرف في حياته الخاصة تصرفاً اقترن بفضيحة شائنة.

كما يجوز ملاحقة الطبيب مسلكياً نتيجة لجرائم عامة ارتكبها في حياته رغم كونها بعيدة عن ممارسته لمهنة الطب.

كالخيانة أو التجسس، أو القتل، أو السرقة، أو الاحتيال أو اساءة الائتمان وغير ذلك من جرائم عامة.

وأخيراً، فإننا نجزم بأن الطبيب الذي يعمل في مهنته بصدق وأمانة مراعياً الشروط والمبادىء الفنية والقانونية والأخلاقية التي تحكم سلوكه كإنسان وكمواطن، وتحكم مهنته واختصاصه العام أو الخاص (الدقيق)، هو الطبيب الجَيِّد أولاً، وهو الطبيب الذي لا تجد المسؤوليات الجزائية (الجنائية) أو المدنية أو المهنية (المسلكية) إليه سبيلاً.

الخاتمــــة :

رأينا فيما سبق الأساليب الفنية الحديثة التي نتجت عن تقدم العلوم الطبية في الوقت الحاضر مثال ذلك:

(أ) - نقل وزرع الأعضاء المزدوجة بين الأحياء (Transplantation) .

(ب) - نقل وزرع الأعضاء المفردة والمزدوجة من الموتى للأحياء .

(جـ) - تشريح جثة الانسان للغايات العلمية والتعليمية ولنقل الأعضاء منها .

(د) - التعقيم والخصاء Sterilisation & Castration .

(هـ) - الاجهاض الطبي وغير الطبي Legal and Illegal Abortion .

(و) - التلقيح الاصطناعي Artificial Insemination .

(ز) - تغيير الجنس من مذكر الى مؤنث وبالعكس Transsexualism .

(ح) - اجراء التجارب الطبية والبيولوجية على الانسان بصورة عامة وعلى السجناء والموقوفين والأسرى وأفراد العدو أو رعاياه المدنيين .

(ط) المساعدة في القتل الرحيم أو ما يسمى باليوتانازيا Euthanasia .

(ي) وغير ذلك من مواضيع يصعب حصرها هنا .

ورَأَيْنا ان الطبيب في ممارسته لأعماله اليومية المعتادة قد يبتعد عن آداب المهنة الطبية التي تَضَمَّنَها قَسَمْ أبي قراط (Hippocratic Oath) بصورة عامة أو أي قَسَمٍ طبي آخر قَسَمَهُ عند تخرجه من كلية الطب .

كما رأينا ان استخدام الأطباء للوسائل الفنية الحديثة في الطب لَمّا تزل الآداب المهنية والطبية فيها غير واضحة المعالم في ذهن الطبيب من جهة ، نتيجة دقتها وتشعبها ، وكثرة الاختلافات في الآراء المؤيدة والمناهضة لها وحيرة الأطباء في القيام بها من جهة أخرى[٤١] و[٤٢] .

وهذه الأسباب مجتمعة حدت في أن توليها «**الجمعية الدولية لقانون العقوبات**» (Internationa Association Of Penal Law) جلّ اهتمامها فتفرد لها موضوعاً خاصاً تحت شعار «**قانون العقوبات في مواجهة الأساليب الطبية الفنية الحديثة**»، بحيث سيكون هذا الموضوع أحد المواضيع الأربعة التي ستجرى مناقشته في المؤتمر الدولي الرابع عشر لقانون العقوبات المقرر عقده بمدينة فيينا بالنمسا في الأسبوع الأول من شهر

أكتوبر/تشرين الأول من عام ١٩٨٩. كما جرى بحثه في الحلقة الدولية التمهيدية التي عقدت في مدينة فرايبورغ بألمانيا الغربية ما بين ٢١ ـ ٢٤ سبتمبر/أيلول من عام ١٩٨٧. فضلاً عن أن الجمعية المصرية للقانون الجنائي قد دعت لمناقشة مواضيع مؤتمر فيينا مسبقاً على الصعيد العربي، في الفترة الواقعة من ١٤ ـ ١٦ مارس/آذار ١٩٨٧ بالقاهرة.

يحدونا الأمل الكبير في الوصول الى صياغة مبادىء أخلاقية وأدبية موحدة على الصعيد العربي والعالمي تكون ملزمة لجميع الأطباء بل لجميع العاملين في الحقل الطبي من أطباء وجراحين ومولدين ومُخَدِّرين (مبَنِّجين) وممرضين وممرضات وصيادلة قانونيين وغيرهم، في مختلف اختصاصاتهم وفعالياتهم الكلاسيكية التقليدية، وفي ضوء ما إسْتَجَدَّ من أمور كثيرة في أيامنا هذه مثل: نقل وزرع الأعضاء، تشريح جثة الانسان، التلقيح الاصطناعي، التجارب الطبية والبيولوجية والدوائية، الاجهاض، التعقيم والخصاء، نقل الدم، بعد أن رأينا أن الأمم المتحدة قد اهتمت بالنسبة لآداب مهنة الطب في اصدار مدونة خاصة بآداب مهنة الطب المتعلقة بمنع الطبيب وغيره من العاملين بالحقل الطبي من المساهمة بعمليات التعذيب التي تجرى على الموقوفين والسجناء المحكومين **دون أن ننسى آداب الطب في الإسلام باعتبارها النبراس الذي يستضاء به في تقعيد وتقنين آداب الطب في مجتمعنا الحديث**[٤٣]

كما يجب ألا ننسى الفتاوى والآراء الكثيرة التي صدرت عن مؤتمرات طبية عربية وإسلامية قديماً وفي أيامنا هذه بالنسبة للأخلاقيات التي تحكم مواضيع كثيرة مثل زرع ونقل الأعضاء، تشريح جثة الانسان للغايات العلمية والتعليمية، التلقيح الاصطناعي، الاجهاض، قطع وسائل الانعاش، نقل الدم، إجراء التجارب الطبية على الانسان[٤٤]، وعلى الانسان المتوفى ونقل الأعضاء منها، وغير ذلك من أمور كثيرة.

وأن يكون شعارنا دائماً الآية الكريمة رقم (٧٠) من سورة الإسراء القائلة ﴿**ولقد كرّمنا بني آدم**﴾.

وقبل الانتهاء من الكلام عن موضوعنا المتعلق بالمبادىء الأخلاقية التي يجب على الطبيب أن يتحلى بها، نود الاشارة بأن الشعبة الهندية للجمعية الدولية لقانون العقوبات (International Association of Penal Law) قد دعت لعقد مؤتمرها الاقليمي الدولي الثاني في مدينة دلهي بالهند ما بين ١٠ ـ ١٩٨٨/١٠/١٢. تحت شعار: «المؤتمر الاقليمي الدولي الثاني في القانون الجنائي والطب» (2e Reg.Int.Con. of Cri.Law & Medicine).

وقد خصص البحث الثالث من أبحاث المؤتمر للموضوع الرئيسي التالي:

«**المسؤولية الجزائية (الجنائية) للأطباء ولمنتجي الأدوية**[٤٥] وهو يتفرع للمواضيع الفرعية التالية:

(أ) المسؤولية الجزائية للأطباء ومنتجي الأدوية في وصف وتصريف الأدوية الضارة أو المؤذية (Harmful Drugs) .

(ب) اساءة الاستعمال عن طريق الاهمال أو الامتناع واساءة استخدام اللقاحات المختلفة من قبل الأطباء (Misuse of Vaccines by Doc) .

(جـ) القتل بدافع الشفقة (Euthanasia) أو القتل الرحيم (Mercy Killing) .

وأخيراً، نقول بأن جريدة «الخليج» الصادرة في دولة الإمارات العربية المتحدة، قد نشرت في عددها المؤرخ في ١٩٨٧/١٢/٢١ بأن مؤتمراً دولياً سيعقد في دولة الدانمارك بشهر آذار مارس من عام ١٩٨٩ **لتوحيد القواعد الأخلاقية الطبية على مستوى العالم أجمع**[٤٦] و[٤٧] .

ونرجو أن يتنبه المؤتمرون في الدانيمارك أثناء انعقاد مؤتمرهم الى تقعيد المبادىء الأخلاقية التي يجب على الطبيب العادي والمختص على حد سواء مراعاتها في ممارسته لمهنته الطبية .

خاصة، بعد أن كثرت الاساءات من بعض الأطباء بحيث خرجت عن كونها هفوات طبية (كما نقول) يمكن التغاضي عنها، لتصبح جرائم بالمعنى القانوني والشرعي، وأصبح الطبيب الذي يمارسها لا يتصف بالصفات التي عهدناها بالطبيب بصورة عامة .

فقد سمعنا مؤخراً عن طبيب قام باستئصال احدى الكليتين من بعض الأشخاص الذكور المطلوبين للخدمة العسكرية في احدى الدول العربية بعلم وموافقة المستأصلة كليته أو بدون علمه ولا موافقته، كي يجعله غير صالح للخدمة العسكرية الاجبارية ـ بعد أن كان يوهمه إحتيالاً بأنه يُجْري له عملية بسيطة لا تؤثر من حيث النتيجة على سلامته البدنية ولكنها تؤدي الى اعفائه من الخدمة المذكورة ما أن يُجْرَى فحص ذلك الشخص من اللجان الطبية العسكرية التي كانت تعفي أمثال أولئك الأشخاص من الخدمة العسكرية المسلحة أو غير المسلحة، بعد تأكدها أنه بكلية واحدة .

وقد اكتشف أمر ذلك الطبيب المحتال بعد أن فَرَّ من دولته .

وقد تنبّه المشرع الجزائي العسكري في سورية منذ زمن لأعمال مثل هذا الطبيب الذي قد يقوم بإيذاء أو تشويه أو تعطيل حواس أحد الأشخاص قصداً كيماً يساعده بالتهرب من الواجبات العسكرية القانونية مؤقتاً أو مؤبداً . بحيث جاءت المادة (١٤٦) المعدّلة من قانون العقوبات العسكري السوري الصادر عام ١٩٥٠ وشددت في عقاب الفاعل بل المساعد على التعطيل أو التشويه أو الايذاء **اذا كان طبيباً أو صيدلياً عسكرياً أو مدنياً** .

كما أخذ المشرع السوري في قانون خدمة العلم الصادر عام ١٩٥٣ بنص المادة (٦٦) وهو مشابه لحد ما لنص المادة ١٤٦ المذكورة مسبقاً .

فقد عاقبت المادة ٦٦ كل مكلف أو احتياطي عطّل عضواً من أعضائه بنفسه أو بواسطة شخص آخر بقصد التخلص من خدمة العلم، وشددت العقاب على المساعد على التشويه أو التعطيل أو الايذاء اذا كان طبيباً أو صيدلياً مدنياً أو عسكرياً[٤٨].

كما نرجوهم الانتباه الى ما يجري حالياً في العديد من دول العالم حيث يلجأ بعض الأطباء الى اعطاء اللاعبين الرياضيين في الألعاب الرياضية المختلفة أدوية منشطة أو مهدئة.

وتأكيداً منّا على مساهمة الأطباء في اعطاء اللاعبين للأدوية والعقاقير المنشطة مع معرفتهم بآثارها الضارة حالاً ومستقبلاً، وكذلك معرفتهم بأن عملهم المذكور يخالف القوانين والأعراف الرياضية المختلفة التي أقرت التنافس الرياضي الحر بين اللاعبين، وقبول بعض اللاعبين بتناول تلك الأدوية والعقاقير الضارة، نشير لما ورد في جريدة «**الخليج**» الصادرة في دولة الإمارات العربية المتحدة يوم الأربعاء في ١٩٨٧/٢/٢٥ تحت عنوان: «**شوماخر: اللاعبون الألمان يتعاطون المواد المنشطة**».

فقد اعترف **شوماخر** ـ وهو لاعب مشهور في ألمانيا الغربية ـ بصحة تعاطي اللاعبين فيها للمواد المنشطة من جهة، وتأكيده من جهة ثانية على اصطحاب بعض النجوم الكبار من لاعبي كرة القدم هناك الى **طبيب** في مدينة كولونيا بألمانيا الغربية للحصول منه على أقراص وحقن منشطة، كما أكد أيضاً على ان عدداً من نجوم الكرة الكبار المحترفين لا يمكنهم الاستمرار في اللعب بدون تعاطي تلك الأقراص المنشطة.

ونعتقد بأن تعاطي الرياضيين في أيامنا هذه لمثل هذه العقاقير والأدوية المنشطة بهدف التغلب على منافسيهم والفوز بصورة عامة وتحقيق الانتصارات وأكاليل الغار، تنعكس آثارها السلبية على صحة وسلامة اللاعب في المستقبل القريب والبعيد وعندها لا ينفع الندم.

كما نعتقد أن لجوء بعض الأطباء والعاملين في الحقل الطبي من صيادلة وممرضين وممرضات وغيرهم لتزويد اللاعب بمثل هذه العقاقير والأدوية المنشطة الآنية، أمر يخالف **المبادىء الأخلاقية** (Medical Ethics) **التي يجب أن يتحلى بها الطبيب والعاملين في الحقل الطبي في ممارستهم لمهنتهم الطبية والدوائية المختلفة**، كما يخالف **قَسَمَ أبيقراط الطبي** (Hippocratic Oath) أو أي قَسَمٍ آخر أقسموه عند تخرجهم من الجامعة أو المعاهد التدريسية الأخرى. كما يُعَرِّضهم برأينا للمساءلة المسلكية أمام نقاباتهم المختلفة.

ويعود حسب رأينا **لعلم الطب الشرعي الرياضي** وللأطباء الشرعيين المختصين بهذا الاختصاص الدقيق في حال وجودهم، التأكد من كون اللاعب قد تناول قَبْلَ أو أثناء المباراة مثل هذه العقاقير أو الأدوية المنشّطة[٤٩].

وبمناسبة العقاقير والأدوية المنشطة أو المثبطة فاننا نشير إلى أن بعض الأطباء البيطريين في أيامنا هذه قد انغسموا أيضاً في اعطاء عدد من حيوانات السباق مثل الجياد والجمال والكلاب وغيرها عقاقير وأدوية منشطة ومثبطة أحياناً، مما يشكل انتهاكاً للمبادىء الأخلاقية التي يجب أن يتمتع بها الطبيب البيطري على حد سواء.

ولا تخفى الآثار الضارة والمؤذية على الحيوانات أولاً، لأنها لا تدري عن آثارها ومفاعيلها شيئاً، كما ان هذه الآثار الضارة قد تنعكس في بعض الأحيان على عشاق رياضة هذه الحيوانات من متسابقين ومتفرجين وغيرهم بحيث يفقد الجمهور بصورة عامة لذة الاستمتاع بهذه المباريات والغايات الرياضية التي جرت من أجلها، كما قد تضرّ أصحاب الحيوانات أنفسهم أو بعضاً منهم نتيجة الآثار الضارة التي تلحق بحيواناتهم سواء تم اعطاء الأخيرين لهذه الأدوية والعقاقير بموافقة أصحابها أم بغفلة منهم أو ضد مصالحهم ومصالح حيواناتهم المباشرة.

وتتوقف ملاحقة الأطباء البياطرة عن هذه الأفعال على شكوى أصحاب الحيوانات، وشكاوى جمعيات الرفق بالحيوانات المنتشرة في أنحاء العالم.

كما نرجوهم أخيراً وليس آخراً أن ينتبهوا للانتهاكات الكبيرة والكثيرة التي يمارسها يومياً الأطباء في اسرائيل ضد القتلى والجرحى العرب من أبطال الانتفاضة.

فقد أكدت التقارير الصحفية وغير الصحفية قيام عدد من الأطباء الاسرائيليين بنزع أعضاء وأنسجة وغيرها من جثث الشهداء قبل أو بعد تشريحها لزرعها في أجسام اليهود وغير اليهود الذين بحاجة إليها.

وبغض النظر عن فوائد أخذ هذه الأعضاء أو زرعها من الوجهة الطبية أو الانسانية، فاننا نعتبر قيام الأطباء الصهاينة في الأرض المحتلة من قبل اسرائيل بمثل هذه الأعمال أمر يخالف الأعراف الطبية وقواعد أخذ وزرع الأعضاء لأنها تؤخذ من أجساد أشخاص لم يوافقوا في حياتهم (ولم يوافق أهلهم حتى ولو اعتبرنا موافقة الأهل ممكنة في مثل هذه الأحوال) على عمليات الأخذ أو الزرع[٥٠].

كما انها تعتبر انتهاكاً للقوانين والأعراف والاتفاقيات الدولية وخاصة اتفاقية جنيف الرابعة لعام ١٩٤٩ المتعلقة بحماية المدنيين ورعايا العدو المعتقلين من الاعتداءات التي ترد عليهم وعلى حياتهم أو أجسادهم.

فضلاً عن مخالفتها للاتفاقية الدولية المتعلقة بإبادة الجنس البشري (Génocide) التي أقرتها الأمم المتحدة عام ١٩٥١[٥١].

كما نوّد لفت نظرهم الى الصيحات التي بدأت تتعالى في أكثر أنحاء العالم وخاصة في انكلترا عن موت العديد سنوياً بسبب عمليات جراحية غير ضرورية.

فقد ذكرت الأنباء ان كلية الجراحين الملكية البريطانية الشهيرة قد أشرفت مؤخراً

على دراسة كشفت أخطاء بعض الجراحين، وتهاون البعض الآخر منهم في الاجراءات الواجب اتباعها مع المرضى.

وتقول هذه الدراسة بأن مائة شخص يموتون سنوياً في انكلترا بسبب أخطاء الجراحين مثال ذلك اجراء عملية جراحية في مكان ما من الجسم غير المكان الصحيح، أو استئصال عضو سليم من أحد الأشخاص بدلاً من استئصال العضو التالف.

ومع تسليمنا مبدئياً بحسن نية الطبيب أو الجراح الذي وقع في هذه الأخطاء الطبية الفاحشة، فقد سمعنا مرة من أحد الجراحين قوله ان بعض الجراحين الذين يقررون فتح جوف أو احشاء مريض لاستئصال عضو تالف أو ورم خبيث، كانوا كثيراً ما يستأصلون الزائدة الدودية للمريض الذين لم يعثروا في جسمه على العضو الذين اعتقدوا تلفه مسبقاً، معللين عمليتهم بوجود التهاب في تلك الزائدة رغم كونها صحيحة وتعمل بشكل تام. حتى لا يبرهنوا عن فشلهم في سوء التشخيص أو للحصول على أجر العملية التي لا مبرر لها، ولاعتقادهم ان استئصال الزائدة الدودية لا يؤثر على نشاط الجسم البشري.

ومن البدهي ان أمثال هؤلاء الجراحين وغيرهم لا يمكن لهم أن يتذرعوا بحسن النية لمواجهة الأضرار المختلفة التي قد تلحق بالمرضى وغير المرضى من الأصحاء أصلاً، ومن أقربائهم أو ورثتهم، نتيجة هذه الأخطاء الفاحشة في التشخيص، وبالتالي فهم عرضة للمساءلة الجزائية أو الجنائية (كما تسمى في مصر وبعض الدول العربية)، والمدنية والمسلكية أو المهنية.

كما سمعنا أن بعض الأطباء المُولِّدين يجرون عمليات ولادة تسمى **بالقيصرية**، لا ضرورة لها، متذّرعين بالحاجة إليها لانقاذ الحامل أو طفلها، بينما ان هدفهم منها هو الحصول على أجور توليد وتخدير وجراحة لا مبرر لها لو قاموا بتوليد الحامل بصورة طبيعية.

ناهيك عن الأضرار الفيزيولوجية والمادية والمعنوية والاجتماعية التي تتعرض لها الحامل وزوجها وعائلتها من مثل هذه التصرفات غير الطبية.

وتأكيدا لما سبق وذكرناه عن قيام بعض الاطباء بتصرفات تبعدهم كثيرا عن مهنة الطب. فقد نشرت جريدة الاتحاد الصادرة في دولة الامارات العربية المتحدة في عددها رقم (٣٣٠٢) الصادر يوم الخميس الواقع في ١٩٨٨/٥/١٢ خبرا مفاده ان موظفا بشركة النيل للأدوية قد تقدم بشكوى (بلاغ) إلى قسم شرطة مدينة نصر بالقاهرة يهتم طبيبا بسرقة كليته.

وقد قال هذا الشاكي ويدعى سعد المكاوي وعمره (٣٦) سنة بانه دخل مستشفى خاصة لاجراء عملية جراحية لازالة حصوة، وبعد العملية باسبوعين اكتشف عدم وجود

كليته، وأخبره الطبيب المعالج أنه تبين له أن كليته كانت غير سليمة فقام باستئصالها والقاها في القمامة.

وقد تولت النيابة العامة التحقيق واحالت المريض إلى الطبيب الشرعي للكشف عليه، واخلت سبيل الطبيب المعالج بضمان عمله، إلى حين ورود تقرير الطبيب الشرعي.

وتضيق هذه الصفحات للكلام عن مسؤولية الأطباء والجراحين وغيرهم من العاملين في الحقل الطبي والصحي[٥٢].

وننصح القارىء الذي يريد التعمق بمسؤولياتهم المختلفة، العودة للمراجع التي سبق لنا ذكرها في هذا الموضوع وأيضاً الى:

الأبحاث والمواضيع التي قدمت لمؤتمر المسؤولية الطبية في بنغازي بليبيا عام ١٩٧٨ والذي أشرنا إليه بالملاحظة رقم (١) من موضوعنا هذا، وخاصة البحث القيم الذي قدمه الأستاذ الدكتور **محمود محمود مصطفى** وعنوانه: «**دور الأطباء في التشريع الجنائي في الدول العربية**». وأيضاً لمحاضرته القيمة بعنوان: «**مركز الأطباء في التشريع الجنائي للدول العربية**» المنشورة في الصفحة ٣٩ وما بعد من العددين ٢ و٣ من مجلة «المحامون» الصادرة بدمشق عام ١٩٧٩.

حيث استعرض فيها اضافة لمركزهم بالدول العربية المواضيع والأبحاث والمناقشات التي دارت أو قدمت وعرضت في مؤتمر بنغازي المذكور.

وقبل الانتهاء من كلامنا عن المبادىء الأخلاقية التي يجب أن يتحلى بها الطبيب في ممارسته لمهنته الطبية، وجدنا من الضروري أيضاً اطلاع القارىء على «القانون الدولي للمبادىء الأخلاقية الطبية» (International Code of Medical Ethics). الوارد كملحق في الصفحتين ٢٥٣ و٢٥٤ من كتاب القانون والمبادىء الأخلاقية الطبية (Law And Medical Ethics) لماسون (Mason) وسميث (M. Smith) والمشار إليه في الهامش رقم ٢٠ من هذا الموضوع، لتضمنه الأبحاث التالية:

(أ) واجبات الطبيب بصورة عامة:

- على الطبيب أن يحافظ دوماً على المستويات العليا لسلوك مهنته.
- على الطبيب أن لا يندفع في ممارسة مهنته بدوافع الربح.

تعتبر الممارسات التالية لا أخلاقية:

- أي اعلان من الطبيب عن نفسه، بصورة مغايرة لما هو مسموح به في القانون الوطني أو المحلي للأخلاقيات الطبية.

ـ المشاركة بأي شكل من أشكال الخدمة الطبية التي ليس للطبيب فيها استقلاله المهني .

ـ الحصول على أي مبلغ من المال من المريض نتيجة الخدمات الطبية المؤداة له ، يزيد على الرسوم الطبية أو الأجور الطبية ، حتى ولو كان ذلك بموافقة أو بمعرفة المريض نفسه .

ـ يجب على الطبيب ألا يقوم بأي عمل أو نصيحة يمكن أن تضعف المقاومة الفيزيولوجية أو العقلية للانسان ، إلا إذا كان استعمالها لمصلحة ذلك الانسان .

ـ ينصح الطبيب بأن يكون حذراً جداً في نشره الاكتشافات أو التقنيات الحديثة للمعالجة .

ـ على الطبيب أن يثبت أو يشهد على ما شاهده شخصياً وعرف به بنفسه .

(ب) واجبات الطبيب نحو المريض :

ـ على الطبيب أن يضع في مخيلته واجب الحفاظ على الحياة الانسانية .

ـ على الطبيب أن يخلص لمريضه اخلاصاً كاملاً ، وان يفيده من كل معلوماته العلمية . فاذا كان الفحص أو المعالجة أكبر من طاقته ، فعليه استشارة طبيب آخر يتمتع بمؤهلات علمية أكبر .

ـ على الطبيب الحفاظ على السرية التامة في كل ما يعرفه عن مريضه وذلك نتيجة الثقة الكبيرة التي أولاه اياها مريضه .

(جـ) واجبات الأطباء نحو بعضهم البعض :

ـ على الطبيب أن يسلك سلوكاً طيباً نحو زملائه كما يرغب هو في أن يسلكوه نحوه .

ـ على الطبيب ألا يقتنص زبائنه من زملائه الأطباء .

ـ وأخيراً ، على الطبيب أن يراعي المبادىء المنصوص عليها في اعلان أو تصريح جنيف[٥٣] (The Declaration of Geneva) الموافق عليه من الجمعية الطبية الدولية (World Medical Association) .

اقتراحات نهائية :

لم نعثر في مختلف تشريعات الدول العربية التي نظمت سلوك الأطباء في ممارستهم لمهنة الطب ، على قوانين ومواد مستقلة .

فقد وجدنا ان المبادىء الأخلاقية التي يجب أن يتحلى بها الطبيب في ممارسته لمهنته الطبية موجودة بشكل ضيّق مع القوانين والتشريعات التي نظمت نقابات وتجمعات الأطباء فقط .

وبما ان المبادىء الأخلاقية التي يجب أن يتحلى بها الطبيب في ممارسته لمهنة الطب هي من الكثرة بمكان خاصة في أيامنا هذه بعد أن نمت حقوق الانسان وأصبح الطبيب يساهم في بعض الأعمال التي تخرج عن هذه الحقوق وعن فعالياته الأصلية مثل التعذيب والتجارب الطبية وغير الطبية على الأسرى والسجناء ورعايا العدو المدنيين وغيرهم.

فاننا نقترح أن تستصدر الدول العربية مجتمعة أو منفردة تشريعات خاصة بآداب ممارسة مهنة الطب مستلهمة في ذلك «**قانون آداب مهنة الطب الايطالي** Codice Di Deontologia Medica» الصادر في روما بايطاليا بتاريخ ١٩٧٨/١/٧، لأنه حوى مواضيع هامة مثال ذلك:

- استقلال وكرامة مهنة الطب. Dignità della professione.
- السر الطبي (المهني) Il Segreto Professionlae.
- واجب الطبيب في طلب العلم والمعرفة.
- المبادىء العامة التي تحكم سلوك الطبيب مع المرضى وفي الرضاء أيضاً، التجارب الطبية، الاجهاض، **واجبات الطبيب نحو المرضى السجناء والمعتقلين والموقوفين**، علاقة الطبيب بزملائه، والواجبات التي تقع على الطبيب في اعلام السلطات المسؤولة والمختصة عن الأمراض السارية والأوبئة.

كما نقترح ان تتضمن هذه التشريعات عند صدورها ما تضمنه القانون الايطالي المذكور من قرارات ومُدَوَّنات Codes' واعلانات دولية عالمية حتى يكون الطبيب على علم بكافة المعلومات التي تعينه في ممارسته لمهنته الطبية خير قيام مثال ذلك:

- الاعلان المتخذ من قبل الجمعية العامة للأطباء في هلسنكي عام ١٩٦٤ وفي طوكيو عام ١٩٧٥ **حول التجارب الطبية**[٥٤].
- الاعلان المتخذ من قبل الجمعية العامة للأطباء في سيدني باستراليا عام ١٩٦٨ حول تحديد زمن الوفاة (Il Momento della Morte).
- الاعلان المتخذ من قبل الجمعية العامة للأطباء في أوسلو بالنرويج عام ١٩٧٠ حول الاجهاض العلاجي (The rapeutic Abortion).
- الاعلان المتخذ من قبل الجمعية العامة للأطباء في طوكيو باليابان عام ١٩٧٥ حول التعذيب وغيره من الأعمال والعقوبات المهينة أو الحاطة بالكرامة واللاانسانية.
- الاعلان المتخذ من قبل الجمعية العامة للأطباء في طوكيو عام ١٩٧٥ حول اساءة استعمال المواد الضارة أو السامة أو المخدرة.

الهوامش

(١) نشير هنا بصورة خاصة **للمؤتمر الدولي عن المسؤولية الطبية** الذي عقد بمدينة بنغازي في ليبيا ما بين ٢٣ ـ ٢٨ أكتوبر/تشرين الأول من عام ١٩٧٨ ـ والذي كان لنا شرف المشاركة به بالنيابة عن كلية الحقوق بجامعة دمشق ـ.وكذلك «**لندوة المشكلات القانونية والانسانية لعلاقة الطبيب بالمريض**» التي عقدت بجامعة الكويت عام ١٩٨٠.

كما نشير أيضاً **للمؤتمر الدولي** الذي عقد في المركز الأول للأبحاث والدراسات الاجتماعية والجزائية والعقابية بمدينة ميسيّنا (Messina) بايطاليا ما بين ٢٤ ـ ٢٩ آذار/مارس من عام ١٩٨٠ تحت شعار: «**حقوق الانسان في محيط الطب الشرعي** ـ Human Rights in the Field of Forensic Medicine ».

(٢) اعتبرت الفقرة الثانية من المادة (١٨٥) من قانون العقوبات السوري الصادر عام ١٩٤٩، من أسباب التبرير (أو الاباحة كما تسمى في قانون العقوبات المصري وبعض قوانين العقوبات العربية الأخرى)، **العمليات الجراحية والعلاجات الطبية المنطبقة على أصول الفن شرط أن تجرى برضى العليل أو رضى ممثليه الشرعيين أو حالات الضرورة الماسة.**

والفقرة الثانية السورية هذه المستقاة من نص الفقرة الثانية من المادة ١٨٦ من قانون العقوبات اللبناني الصادر عام ١٩٤٣ تكاد تتطابق مع الفقرة الرابعة من المادة ٣٨ من قانون عقوبات سلطنة عُمان الصادر عام ١٩٧٤، وأيضاً مع نص الفقرة الثانية من المادة (٥٣) من قانون عقوبات دولة الإمارات العربية المتحدة الصادر عام ١٩٨٧.

(٣) سبق لنا المشاركة في المؤتمر الذي عقد بشهر أيلول/سبتمبر من عام ١٩٦٩ بمدينة بيروجيا (Perugia) بايطاليا بموضوع عن: «**المظاهر القانونية لعمليات نقل وزرع القلب والتصرف بأعضاء الجسم البشري**»، وقد نشرت الترجمة العربية له في الصفحات ١٧١ ـ ٢١٦ من الكتاب الأول الذي أصدره المجلس الأعلى للعلوم بدمشق عام ١٩٦٩. وأعيد نشره في الصفحات ٥ ـ ٢٩ من العدد الأول من المجلة الجنائية القومية الصادرة بالقاهرة عام ١٩٧١.

(٤) سبق لنا المشاركة في **مؤتمر المسؤولية الطبية** الذي عقد في بنغازي والمشار إليه سابقاً بموضوع عن «**المظاهر القانونية والطبية لتشريح جثة الانسان للغايات العلمية والتعليمية**» وقد نشر الموضوع المذكور بين أعمال المؤتمر.

(٥) نلفت نظر القارىء الى موضوع «**المظاهر القانونية للتلقيح الاصطناعي** Aspetti Penalistici della Fecondazione Artificiale» الذي كتبه باللغة الايطالية الدكتور **ماوريتسيو لودوفيتشي** (Maurizio. Ludovici) وقمنا بتعريبه ونشره في الصفحات ١٩١ ـ ٢٠٢ من العدد السادس من مجلة «المحامون» الصادرة بدمشق عام ١٩٦٩.

(٦) لا يمكن لنا التسليم بوجود الإرادة الحرة لدى الموقوف أو المدعى عليه، أو (المتهم كما يسمى في بعض الدول العربية)، والسبب هو أن موافقته على الخضوع للتجربة الطبية أو الدوائية ليست شبيهة بموافقة الشخص العادي الموجود خارج أماكن الاعتقال أو الحبس أو السجن.

(٧) تجدر الإشارة إلى أن المادة السابعة من الاتفاقية الدولية بشأن الحقوق المدنية والسياسية التي وَقَّعَتْها الأمم المتحدة عام ١٩٦٦ قد نصت على أنه: «لا يجوز اخضاع أي فرد للتعذيب أو لعقوبة أو معاملة قاسية أو غير انسانية أو مهينة، **وعلى وجه الخصوص فإنه لا يجوز اخضاع أي فرد دون رضائه الحر للتجارب الطبية أو العلمية**».

وقد تمخض المؤتمر الطبي الدولي لزرع الأعضاء الذي عقد في مدينة مدريد باسبانيا في شهر تموز/يوليو من عام ١٩٦٩ عن توصيات أهمها: ان يُسَلَّمَ خريج كلية الطب بعد تخرجه ليس قَسَمَ أبي قراط الطبي التقليدي (Hippocratic Oath) فقط، بل أيضاً ما جاء بقرار محكمة نورينبيرغ العسكرية المتعلق بالطرق والأصول المشروعة التي يجب على الطبيب أن يتبعها عند التشريح واجراء التجارب الطبية والتعليمية، كما يجب تسليمه نصوص أية معاهدة دولية أخرى متعلقة بالتشريح الطبي والتجارب الطبية.

ولا ننسى الإشارة هنا إلى أن **التجارب الطبية على السجناء بصورة خاصة** كانت أحد المواضيع التي بحثها المؤتمر الطبي القانوني السادس الذي انعقد في صيف عام ١٩٨٢ بمدينة غاند (جينت) في بلجيكا باشراف الدكتور ر. ديركينز (R. Dierkens) نظراً لما تحتله التجارب الآن من أهمية قانونية وطبية وانسانية خاصة بالنسبة للأشخاص المهتمين بعلم تنفيذ العقاب وحقوق السجناء والموقوفين والمشتبه بهم بصورة عامة.

ومن أراد التعمق في موضوع الاعتداءات المختلفة التي تقع على السجناء وأسرى وجرحى العدو ورعاياه المعتقلين والمدنيين أثناء الحرب، فليعد للصفحات ٦٤ - ٨٢ من كتابنا «**مبادى علمي الإجرام والعقاب**» - **القسم المخصص لعلم الإجرام** - وهو من مطبوعات جامعة دمشق عام ١٩٨٢.

(٨) نشير هنا إلى مشروع القانون العربي الموحّد لعمليات زراعة الأعضاء البشرية الذي أعَدَّته الجامعة العربية مؤخراً. وهو مؤلف من عشر مواد. حيث أغفل موضوع جواز نقل الأعضاء المزدوجة من السجناء بهدف زرعها، كما أغفل موضوع جواز تشريح جثة المتوفـي بمرض وبائي أو ساري وحتى التشريح للغايات العلمية والتعليمية.

وأملنا أن يصار لاستكمال هذه النواقص وغيرها قبل صدوره واقتراح تبنيه من قبل الدول العربية جميعها بما فيها الدول التي لديها مسبقاً مثل هذه القوانين كسورية مثلاً كما سنرى ذلك فيما بعد. عد لنص المشروع المذكور في جريدة «**الإتحاد**» الصادرة يوم ١٩٨٨/٥/٢١.

(٩) من أراد التعمق في محاكمات نورينبيرغ بالنسبة **لجرائم الأطباء في ألمانيا** فليعد للكتاب القيّم «**الإجرام الدولي**» وهو للدكتور **عبدالوهاب حومد** ومن مطبوعات جامعة الكويت عام ١٩٧٨.

وكذلك فليعد للكتاب القيّم «**القانون الجزائي الدولي** (International Criminal Law) وهو للدكتور شريف بسيوني والمطبوع عام ١٩٨٠ في هولندا من قبل مؤسسة (Sijthoff & Noordhoff, Netherland).

والجدير بالذكر ان الأمم المتحدة ساعية الآن لتنظيم وتقعيد التجارب الطبية المشروعة واعتبار التجارب الطبية غير المشروعة جريمة من الجرائم الدولية، فضلاً عن اعتبارها جريمة من **جرائم ابادة**

الجنس البشري (Génocide) الواردة في الإتفاقية الدولية الصادرة عن الأمم المتحدة بتاريخ ١٩٥١/١/١٢ والتي انضمت إليها أكثر دول العالم.

(١٠) تجدر الإشارة هنا إلى أن المادة (١٣٧) من قانون العقوبات البلغاري الصادر عام ١٩٥١ قد استأثرت بنص فريد لم يرد في سائر قوانين العقوبات في العالم ومفاده عقاب الفاعل الذي يقدم على قتل الوليد **مشوه الخلقة** بعقوبة الحرمان من الحرية حتى سنة دون أن تحدد صفة الفاعل إنْ كان أماً أو أباً أو قريباً لهذا المولود، ونحن نرى ان هذه المادة تعتبر أثراً للزحف البيولوجي والانساني على قانون العقوبات.

(١١) لم تزل عمليات التعقيم والخصاء الجماعية والإجبارية التي جرت في الهند قبل عدة سنوات بأوامر من **أنديرا غاندي** على سبعة ملايين هندي من المسلمين والبوذيين تتردد أصداؤها حتى الآن. رغم ما أشيع عنها بأنها جرت على أشخاص أعطوا موافقتهم عليها بحرية ودون إكراه.

(١٢) من الممكن تقسيم الجرائم التي يرتكبها الأطباء كما يلي:

(أ) الجرائم التي يرتكبها الطبيب بصفته شخصاً أو فرداً عادياً بالدولة.

(ب) الجرائم التي يمكن أن تنسب للطبيب الذي لم يستفد من أسباب التبرير أو الإباحة (كما تسمى في مصر).

(جـ) الجرائم التي يرتكبها الطبيب بصفته موظفاً عاماً في الدولة أو في مؤسسة من مؤسساتها العامة أو الخاصة.

(د) الجرائم التي يرتكبها الطبيب بصفته طبيباً يمارس مهنة الطب. وهي الجرائم الطبية الصرفة أو البحتة مثل إفشاء سر المهنة أو الابتزاز أو اعطاء تقرير كاذب وغير ذلك من جرائم طبية صرفة.

(هـ) الجرائم العامة التي تشدد عقوباتها لكون من ارتكبها يمارس احدى المهن الطبية، مثل الاجهاض غير الطبي. عد على سبيل الاطلاع لموضوع (Doctors as Murderers) لكاتبته (Helen Beynon) المنشور في الصفحات ١٧ ـ ٢٨ من مجلة القانون الجنائي The Criminal Law) (Review الصادرة في انكلترا بشهر كانون الثاني/يناير من عام ١٩٨٢.

(١٣) عد على سبيل الاطلاع لموضوع «**تعليق على القانون الفرنسي رقم (١١٨١) لسنة ١٩٧٦ بشأن نقل وزرع الأعضاء البشرية**» وهو للدكتور **حسام كامل الأهواني** ومنشور في الصفحات ٣٥٣ ـ ٣٧٣ من العدد الثاني من مجلة «**الحقوق والشريعة**» الصادر بشهر يونيو/حزيران ١٩٧٨ عن كلية الحقوق والشريعة بجامعة الكويت.

وانظر أيضاً موضوع «**مآزق الطبيب الحديثة**» بقلم هنري ميلر وترجمة الدكتور عبدالرزاق العدواني، وهو منشور في الصفحات ٢٧٣ ـ ٢٨٤ من العدد الثالث من مجلة عالم الفكر الكويتية الصادرة عام ١٩٧٠.

(١٤) ذكر لي طبيب مُوَلِّد في دولة أجنبية غير مُسْلِمَةْ أنَّ الأطباء المُوَلِّدين هناك يعمدون إلى استئصال الجهاز التناسلي للمرأة المتوفية قبل تسليم جثتها لأهلها أو لذويها، بغية الاستفادة من المبايض وغير ذلك من أشياء، ثم يجرى تسليمهم جثتها بعد الباسها لألبستها العادية، مستغلين بذلك عدم توجب تغسيل المرأة وتكفينها قبل دفنها كما هو الحال في الشريعة الإسلامية، وهكذا يبقى الأهل على جهل تام بالشيء الذي حصل بجثة فقيدتهم، الأمر الذي يترك لهؤلاء الأطباء الحرية الكاملة بالتصرف بجهازها التناسلي بيعاً أو زرعاً أو اجراء التجارب الطبية وغير الطبية عليه.

(١٥) نشير هنا بصورة خاصة للموضوع الذي كتبه السيد **سمير عبدالمطلب** في الصفحة السادسة

من جريدة «**السياسة**» الكويتية الصادرة بتاريخ /١٩٨٦/١١ تحت عنوان: «**الزنا واطفال الأنابيب ـ ـ استخدموا العلم في تطوير الفواحش فظهر لنا جيل الأنابيب والبنوك المنوية ـ**».

وقد اعتبر السيد عبدالمطلب ان طفل الأنابيب الذي لا ينتج عن اندماج بويضة الزوجة وهي الأنثى مع حيوان منوي الزوج وهو الذكر ثم اتمام نمو الجنين بعد ذلك في رحم الأم نفسها أي الزوجة أو اتمام نموه في حضانة صناعية وليس في رحم أنثى أخرى أجنبية بالنسبة للزوج، هو ولد غير شرعي وان العمل برمته يعتبر زنا.

كما نشير إلى الموضوع المنشور في الصفحة التاسعة من جريدة «**الفجر**» الصادرة بالإمارات العربية المتحدة بتاريخ السبت في ٢٢ نوفمبر/تشرين الثاني من عام ١٩٨٦ تحت عنوان: «**أهو الحظ أم العلم في نجاح عمليات أطفال الأنابيب؟** حيث استعرض فيه الكاتب الملابسات والتكنولوجيا الطبية التي واكبت «**لويز براون**» **أول طفلة أنابيب، وهل كانت ولادتها ضربة حظ أم تفوق علم؟**».

ولا ننسى هنا الاشارة إلى الدعوى الشهيرة التي حصلت في فرنسا قبل عدة سنوات من سيدة ادعت حقها بأن تُلَقَّحَ إصطناعياً بنطفة تركها زوجها قبل وفاته في إحدى البنوك المخصصة للاحتفاظ بمثل هذه النطف. وقد ربحت السيدة المذكورة تلك الدعوى بعد أن شغلت القضاء الفرنسي ردحاً من الزمن.

وهناك دعوى شهيرة تُرى الآن أمام القضاء الأميركي مفادها ان امرأة تحمل في رحمها جنيناً عن طريق الزرع ترفض تسليمه عند إتمام ولادته لوالده صاحب النطفة الأصلية بدعوى أنها هي التي حملته، وليست أمه التي تريد أخذه منها.

(١٦) حرّمت المادة (٧) من الاتفاقية الدولية بشأن الحقوق المدنية والسياسية الموقعة عام ١٩٦٦ اجراء التجارب الطبية أو العلمية أو اخضاع أي فرد لمثل هذه التجارب دون رضائه الحر.

(١٧) نشير هنا للكتاب القيّم (Mutamento di sesso e tutela della persona) أي **تبديل الجنس وحماية الشخصية** للأستاذين پاتيّ سلفاتوره (Patti Selvatore) وويل ميكاييل (Will Michael) المطبوع عام ١٩٨٦ من قبل دار النشر (Cedam) في مدينة بادوفا (Padova) الايطالية.

وقد تناول هذا الكتاب بالشرح والتعليق القانون الايطالي رقم (١٦٤) الصادر عام ١٩٨٦ كما تكلم عن تغيير الاسم تبعاً لتغيير جنس الانسان من ذكر إلى أنثى وبالعكس وأورد عدداً من الاجتهادات الحديثة الصادرة عن المحاكم الايطالية المختلفة بما في ذلك الاجتهادات الصادرة عن المحكمة الدستورية في روما.

ولا نعتقد بأن فقهاء القانون المدني وقانون الأحوال الشخصية في الدول العربية قد تصدوا لبحث الآثار المترتبة على تبديل جنس الانسان من ذكر إلى أنثى وبالعكس، رغم ثراء هذا الموضوع وخاصة لتعلقه **بحق الخصوصية** (The Right Of Privacy) **وحق الانسان في اسمه**.

(١٨) عد على سبيل الاطلاع لمقال **امنعوا ضياع الشباب وكبار السن في شرق آسيا**» المنشور في الصفحة (٨) من جريدة «**الخليج**» العدد ٢٤٨٥ الصادر في ١٩٨٦/٢/٦، وهي من جرائد دولة الإمارات العربية المتحدة.

(١٩) لم نستطيع هنا ذكر مضمون القواعد ٣١ ـ ٣٣ و٤٩ و٥٢ و٦٦ رغم علاقتها بطبيب السجن مباشرة. وذلك لضيق المجال.

(٢٠) عد أيضاً لموضوع التجارب الطبية (Medical Experimentations) الواردة في الصفحات ٢٠٣ و٢٠٤ ومن ٢١٢ ـ ٢١٧ من الكتاب القيّم «**القانون والمبادىء الأخلاقية الطبية**» (**Law & Medical Ethics**) وهو للطبيب الدكتور ج. ك. ماسون (J. K. Mason) ولأستاذ القانون الكسندر ماكول سميث (A. McCall Smith) الطبعة الأولى الصادرة في لندن عام ١٩٨٣ من قبل دار النشر (Butterworths).

وقد خصص هذان الكاتبان الصفحة ١٩٩ من كتابهما المذكور للكلام عن التجارب البيولوجية الطبية (Biomedical Experimentations) **التي تجري على الإنسان.**

(٢١) نشير هنا إلى **الملتقى الدولي الأول لجراحي وأطباء الشرطة** (The First World Meeting Of Police Surgeons and Police Medical Officers (Medicos Forenses)).

الذي انعقد في مدينة (Wichita) بولاية كانساس (Kansas) في الولايات المتحدة الأميركية ما بين ١٠ - ١٤ آب/أغسطس من عام ١٩٨٧ والذي بحث في عدد من المواضيع الهامة منها:

العناية الطبية بالأشخاص الموقوفين لدى الشرطة (The Medical Care Of Persons in Police Custody).

العناية الطبية بالمرضى المصابين بأمراض عقلية الموقوفين لدى الشرطة. (The Mentally ill in Police Custody).

(٢٢) يحتل موضوع **الاضراب عن الطعام أو الغذاء من قبل الموقوفين والمحكوم عليهم بعقوبات مختلفة**، نقول يحتل حيزاً من الاهتمام من عدة نواحي قانونية وطبية وصحية واجتماعية وسياسية وأدبية ووطنية.

وهناك حالات كثيرة مات فيها العديد من الموقوفين ومن السجناء المحكومين في دول مختلفة نتيجة اصرارهم على البقاء مضربين حتى تتحقق مطالبهم عادلة أم غير عادلة.

وقد ذكرت الفقرة الخامسة من اعلان طوكيو عام ١٩٧٥ الذي أصدرته **الجمعية الطبية الدولية في طوكيو** انه اذا امتنع السجين عن تناول الطعام أو الغذاء، فيجب ألاّ يصار لاطعامه أو تغذيته اصطناعياً، اذا اعتبر الطبيب ان هذا السجين قادر على ادراك الآثار المترتبة على رفضه الإرادي في تناول الطعام والغذاء. ويجب المصادقة على مقدرة السجين هذا في تشكيل قراره من قبل طبيب آخر مستقل، ويجب على هذا الطبيب أن يشرح للسجين الآثار المترتبة على رفضه الطعام أو التغذية.

(٢٣) **نورد فيما يلي وعلى سبيل التعداد وليس الحصر بعضاً من هذه التجارب:**

(أً) بتر أعضاء أسرى الحرب وهم أحياء بغية إجراء التجارب الطبية عليها من قبل طلاب وأساتذة الطب في ألمانيا آنذاك.

(بً) حقن السجناء وأسرى الحرب بجراثيم **التيفوس** بغية الحصول على لقاحات ضد وباء **التيفوس**، وحقنهم كذلك بطفيلي **الملاريا** لدراسة حصانة الجسم ضد مرض **الملاريا**، وكذلك حقنهم بسموم مختلفة لدراسة ردود الفعل ضدها.

(جً) اجبار السجناء وأسرى الحرب على **شرب مياه البحر** لدراسة كيفية تخلص الجسم من المياه المالحة.

(دً) وضع السجناء والأسرى في **براميل من الماء البارد** بدرجات برودة مختلفة لمدد من الزمن كانت تصل الى ١٤ ساعة لمعرفة درجة احتمال أجسام الطيارين الألمان للبرودة في حال سقوطهم في مياه البحر الباردة.

(هً) وضع السجناء والأسرى في غرف ذات ضغوط عالية ثم تشريح جثثهم لقياس تغيرات الضغط المفاجيء على الجسم والآثار التي تنتج عنه.

(وً) اجراء تجارب زرع العمود الفقري والعضلات والأعصاب.

والجدير بالذكر أن المحكمة المذكورة قد حكمت على عدد من الأطباء آنذاك بالاعدام ونفّذ في بعضهم رغم ادعائهم جميعاً بأنهم كانوا مجبرين على تنفيذ أوامر رؤسائهم.

ومن نافلة القول أن نذكر بأن **التجارب الطبية أو البيولوجية غير المشروعة**

Unlawful Medical Experimentations على الموقوفين والسجناء المحكومين تعتبر نوعاً من أنواع التعذيب التي يمارسها الأطباء ومن يعاونهم فيها أو من يعمل في المهن الطبية والصيدلانية المختلفة.

وقد بحثنا في الصفحات ١٣٣ و١٣٤ و ١٣٨ ـ ١٤٠ من هذا الموضوع، كما سنبحثها في صفحات قادمة كلما استطعنا إلى ذلك سبيلاً.

ويكفي أن نورد هنا نص المادة السابعة من **المعاهدة الدولية الخاصة بالحقوق المدنية والسياسية** الموقعة في نيويورك بتاريخ ١٦/١٢/١٩٦٦ القائلة: «**لا يجوز اخضاع أي فرد للتعذيب أو لعقوبة أو معاملة قاسية أو غير انسانية أو مهينة، وعلى وجه الخصوص فانه لا يجوز اخضاع أي فرد دون رضائه الحر للتجارب الطبية أو العلمية**».

وننصح القارىء العودة الى:

ـ موضوع «**الجرائم النازية في حقل التجارب الطبية**» للطبيب **حنا ابراهيم عويس** وهو منشور في الصفحات ٢٦ ـ ٢٩ من العدد ٩٤ من مجلة **الشرطة**» الصادرة في دمشق بشهر آب/أغسطس من عام ١٩٧٣.

ـ موضوع «**المسؤولية الطبية الجزائية**» **للدكتور عبدالوهاب حومد** الصفحة ١٨٩ ـ مجلة الحقوق والشريعة ـ جامعة الكويت عام ١٩٨١.

(٢٤) جاء في المادة السادسة من **اعلان طوكيو (Declaration of TOKYO)** الصادر بالاجماع بتاريخ ١٠/١٠/١٩٧٥ عن اجتماع **الجمعية الطبية الدولية** (World Medical Association) ـ والذي إعْتُبِرَ فيما بعد أنه القانون الذي أرسى القواعد الأخلاقية التي يجب أن يتحلى بها كل من يعمل في مهنة الطب والمهن الأخرى المتعلقة بها ـ ما يلي:

«**مساندة الطبيب وعائلته في مواجهة التهديدات والأعمال الانتقامية التي تنتج عن رفضه المساهمة بعمليات التعذيب أو أي شكل من أشكال المعاملة القاسية او اللا انسانية أو المهنية**».

(٢٥) أنظر على سبيل المثال موضوع البروفيسور روبيرتو كونثيبثيون (R. Concepcion) المبادىء الأخلاقية الطبية وعلاقتها بالتعذيب. (Medical Ethics In Connection With Torture) الذي قدمه **للمؤتمر الدولي الرابع للقانون الطبي** المنعقد في مانيلا بالفلبين ما بين ١٦ ـ ١٩ تموز/يوليو من عام ١٩٧٦، وقد نشر فيما بعد بالصفحات ٢٩٧ ـ ٣٠٢ من المجلد السادس الذي أصدره المؤتمر المذكور بعنوان «**القانون الطبي Jus Medicum**».

وأنظر أيضاً موضوع «**آداب القوانين المهنية ضد التعذيب Professional Codes Of Ethics Agianst Torture**». وهو للبروفيسور **الفريد هايدير (Alfred Heijder)** حيث استعرض به الأبحاث التالية:

(أ) مهام قوانين السلوك المهنية. (ب) قانون طبي ضد التعذيب، (جـ) قانون الشرطة ضد التعذيب، (د) قانون المحاماة ضد التعذيب. وكذلك موضوع **مسؤوليات مهنة الطب فيما يتعلق بالتعذيب» (The Responsabilities Of The Medical Profession)**. وهو للدكتور **هيرمان فان جيونس (H. Van Geuns)** حيث استعرض به الأبحاث التالية: (أ) المسؤولية العامة لمهنة الطب، (ب) مسؤولية الطبيب بمفرده. وقد نشر موضوع البروفيسور هايدر في الصفحات ٧ ـ ١٥ من الكتيّب الذي أصدرته منظمة العفو الدولية (Amnesty International) عام ١٩٧٦ بعنوان: «**آداب القوانين المهنية (Porfessional Codes Of Ethics)**».

وقبل الانتهاء من الكلام عن هذا الموضوع، نرانا أمام ضرورة اعادة التنويه الى ان **المركز الدولي للأبحاث والدراسات الاجتماعية والجزائية والسجونية العقابية**، في مدينة مِيسيّنا بايطاليا (Centro Internazionale Di Ricerche E Studi Sociologici Penali E Penitenziari) Messina-Italia. كان قد عقد

ما بين ٢٤ ـ ٢٩ مارس/آذار من عام ١٩٨٠ مؤتمراً دولياً عن «**حقوق الانسان في محيط الطب الشرعي**» (I Diritti Dell'Uomo Nell'Ambito Della Medicina Legale) .

وقد أصدر المؤتمر المذكور عام ١٩٨١ كتاباً حمل عنوان المؤتمر حيث جمعت به المواضيع المختلفة التي قَدَّمَهَا عدد من الباحثين والمحاضرين ومن جملتها المواضيع المتعلقة **بدور الطبيب في التعذيب** (Torture) .

ونورد فيما يلي عناوين هذه المواضيع مع أسماء مقدميها حسب تسلسل ورودها في الكتاب المذكور وباللغات التي نشرت بها .

a - Luis E. Pettiti: Le Medecin, La Methodologie Medicale Et Les Droit De L'Homme . 161-184 .

b - Paul Sieghart: Medicine And Torture-Legal Aspects. PP. 259-272.

c - Waldmir Bayer: Le Medecin Et La Torture, PP. 329-333.

D - Arnt Meyer-Lie: Medicine And Torture, Medical Aspects And Comments, PP. 421-422.

(٢٦) استقينا نص المواد الست المذكورة آنفاً من الترجمة العربية الصادرة عن الأمم المتحدة، رغم ما شابها من ركاكة في التعريب .

(٢٧) عد للملاحظة المنشورة في الهامش رقم ٢٢ من موضوعنا هذا والمتعلقة: «**بالطبيب وإطعام السجين قسراً**» .

كما نشير هنا إلى البحث الذي قدّمه الأستاذ كازويل (Casswell) بعنوان: «**القيود الواردة على حق السجين في رفض العلاج الطبي في القانون الكندي**» .

(Limitations on the right of a prisoner to refuse medical treatment in Canadian Law» .

وذلك مساهمة من الأستاذ كازويل في **مؤتمر الطب القانوني السابع** الذي عقد في مدينة غاند في بلجيكا بشهر آب/أغسطس من عام ١٩٨٥ المشار إليه سابقا .

(٢٨) تجدر الملاحظة إلى أن المادة الأولى من «اعلان حماية جميع الأشخاص من التعرض للتعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية او اللا انسانية أو الحاطة بالكرامة» الصادر عن الأمم المتحدة بالقرار رقم ٣٤٥٢ بتاريخ ١٩٧٥/١٢/٩ **قد عرّفت التعذيب** بقولها: «يقصد بالتعذيب لأغراض هذا الاعلان أي عمل ينتج عنه ألم أو عناء شديد، جسدياً كان أو عقلياً، يتم الحاقه عمداً بشخص ما بفعل أحد الموظفين العموميين، أو بتحريض منه، لأغراض مثل: الحصول من هذا الشخص أو من شخص آخر على معلومات أو اعتراف، أو معاقبته على عمل ارتكبه أو يشتبه في أنه ارتكبه، أو تخويفه أو تخويف أشخاص آخرين .

ولا يشمل التعذيب الألم أو العناء الذي يكون ناشئاً عن مجرد جزاءات مشروعة أو ملازماً لها أو مترتباً عليها، في حدود تمشي ذلك مع «القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء»» .

أما تتمة المادة الأولى فقد جاءت على الشكل التالي: يمثل التعذيب شكلاً متفاقما ومتعمداً من أشكال المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللا انسانية أو الحاطة بالكرامة» .

ومن نافلة القول أن نذكر بأن المادة السابعة من الاعلان المذكور قد وردت على الشكل التالي: **على كل دولة أن تكفل النص في قانونها الجنائي على أن جميع أعمال التعذيب المعرَّفة في المادة الأولى المذكورة آنفاً تعتبر جرائم، وتنطبق الصفة ذاتها على الأعمال التي تشكل اشتراكاً في التعذيب أو تواطؤاً عليه أو تحريضاً عليه أو محاولة لارتكابه»** .

ونكرر هنا القول بأن الأمم المتحدة ساعية الآن لاعتبار جرائم التعذيب، بصورة عامة والتعذيب بحد ذاته جريمة من الجرائم الدولية.

(٢٩) كان لنا شرف المشاركة بمؤتمر سيراكوزا هذا بموضوع عنوانه: «**الزحف الانساني على التشريعات الجزائية الوضعية العربية**».

(**٣٠) نشير هنا إلى أن الإسلام**، قد احترم الإنسان صغيراً وكبيراً، حياً أو ميتاً، دونما تمييز في اللون أو الوضع الإجتماعي أو المالي أو غير ذلك من فروق منطلقاً من الآية الكريمة رقم (٧٠) الواردة في سورة الإسراء والقائلة: ﴿**ولقد كرّمنا بني آدم**﴾. كما نشير أيضاً للموضوع الذي تقدم به الدكتور (Rustom) بعنوان: «**الإسلام وحماية الحياة والكرامة الإنسانية من الحمل حتى ما بعد الوفاة**» **(L'Islam et le respect de la vie et de la dignité Humaine de la conception jusqu'aprés la mort.** مساهمة منه في أعمال المؤتمر السابع للطب القانوني (Medical Law) الذي عقد في شهر آب/أغسطس عام ١٩٨٥ بمدينة **غاند (Gand)** في بلجيكا والذي كان لنا شرف حضوره عن كلية الحقوق بجامعة دمشق. وقد أشرنا إلى ذلك فيما سبق.

(٣١) نصت المادة (١٢) من هذا القانون الإتحادي الإماراتي على مبدأ أخلاقي عام فقالت: «على كل طبيب رخص له بمزاولة المهنة أن يتوخى في اداء عمله ما تقتضيه مهنة الطب من الدقة والأمانة وان يعمل على المحافظة على كرامة وشرف المهنة».

(٣٢) تجدر الإشارة هنا أن المادة (٣٦٥) من قانون العقوبات الايطالي الصادر عام ١٩٣٠ قد عاقبت بالغرامة «كل من أسدى مساعدة أو قام بعمل أثناء ممارسته لمهنة طبية أو صحية، في الحالات التي يشير ظاهرها الى وقوع جريمة (لا تتوقف ملاحقتها على شكوى الفريق المتضرر) وأهمل أو تأخر في ابلاغ السلطات المختصة المنصوص عليها بالمادة (٣٦١).

ولا تطبّق أحكام هذه المادة إذا كان التبليغ سيعرّض الشخص المساعد الى الملاحقة الجزائية.

وقد جاءت المادة (٢٥٩) من قانون العقوبات الليبي الصادر عام ١٩٥٣ ونقلت أحكام المادة (٣٦٥) الايطالية مع بعض التعديلات الطفيفة المتعلقة بامتناع عقاب الطبيب إذا كان اهماله في الأخبار بهدف انقاذ نفسه أو أحد ذوي قرباه من ضرر جسيم على حريته أو شرفه تعذر دفعه استناداً للفقرة الأخيرة من المادة (٢٥٨) من قانون العقوبات الليبي.

(٣٣) نشير هنا للكتاب القيّم «الجنون والاضطراب العقلي وأثره في المسؤولية الجنائية» للدكتور **كامل السعيد** الصادر في عمّان بالأردن عام ١٩٨٦ والذي أثنى عليه الأستاذ الدكتور **محمود محمود مصطفى**. إلا أن الدكتور السعيد لم يُشِرْ فيه إلى نص المادة (٧١٧) الايطالية لا من قريب ولا من بعيد، كما لم يُشِرْ لأي نص آخر مشابه لها في تشريعات جزائية أخرى عربية أو أجنبية.

(٣٤) نلفت نظر القارىء إلى أننا بدأنا منذ مدة الكتابة في موضوع جديد بعنوان: **دور الطبيب في مكافحة الإجرام**» وسننتهي منه في القريب العاجل بإذن الله. وقد قسمّنا دور الطبيب حسب مراحل ارتكاب الجريمة الى:

- دور الطبيب الوقائي قبل وقوع الجريمة.
- دور الطبيب أثناء وقوع الجريمة.
- دور الطبيب بعد وقوع الجريمة وأثناء المحاكمة.
- دور الطبيب أثناء تنفيذ الأحكام الجزائية المختلفة في المؤسسات العقابية أو الاحترازية أو الإصلاحية أو مؤسسات الدفاع الاجتماعي.

ـ وأخيراً، دوره بعد تنفيذ الأحكام الجزائية المختلفة.

(٣٥) يقول الطبيب ماسون (Masson) والأستاذ سميث (Smith) في الصفحة ٩٩ من كتابهما «**القانون والمبادىء الأخلاقية الطبية** (Law And Medical Ethics, Cit, Op. P. 99) المرجع السابق المذكور بالصفحة (٢٧) من موضوعنا هذا، قالا بأن الأمراض الزهرية أصبحت في ذمة التاريخ لأن العلاجات الحديثة تعقّم الأشخاص المصابين بها بصورة سريعة وناجعة».

وتضيق هذه الأسطر عن ذكر واجبات الطبيب أو غيره من العاملين في الحقل الطبي تجاه حاملي ڤيروس مرض العصر المسمى بمرض نقص المناعة الايدز (Aids) أو السيدا (Sida) بعد أن عمّ خطره وضرره فشمل العالم أجمع، وبات ينذر بدمار شامل إذا لم تتضافر الجهود الدولية وغير الدولية في الوقاية منه ومن المصابين به من كل حدب وصوب.

(٣٦) لم نستطع لضيق المجال هنا ذكر نصوص قوانين عربية أو أجنبية بخصوص واجبات الطبيب أو القابلة في الاخبار عن الولادات والوفيات.

وهذه الواجبات في الاخبار تعفي الطبيب والقابلة من التقيد بالسر المهني أولاً، كما تعفيهما من كل ما قد يدعيه البعض عن حقه بالخصوصية (The Right Of Privacy).

(٣٧) من أراد تعمقاً بالسر الطبي (Medical Confidentiality) أو (Medical Secret) فليعد للصفحات ٩٥ ـ ١١٠ من الكتاب القيّم «**القانون والمبادى الأخلاقية الطبية** Law And Medical Ethics» لماسون وسميث (Mason & Smith) المرجع السابق.

وقد ورد في اعلان جنيف (Geneva Declaration) المعَدَّلْ في مدينة سيدني (Sydney) باستراليا عام ١٩٦٨ بخصوص احترام السر الطبي ما يلي: يقول الطبيب «سأحترم الأسرار التي يعهد إليَّ بحفظها وصيانتها حتى بعد وفاة المريض (I Will Respect The Secret Which are Confided in me, even after the patient has died).

(٣٨) من أراد معرفة النسخة الانكليزية لِقَسَمْ أبي قراط الطبي (Hippocratic Oath) فليعد للصفحة ٢٥١ من كتاب: «**القانون والمبادىء الأخلاقية الطبية**» لماسون (Mason) وسميث (Smith) المرجع السابق.

(٣٩) نشير هنا لمحاضرة الدكتور حسنين محمود حسنين حول جواز أو عدم جواز اعادة يد السارق المقطوعة تطبيقاً لحد السرقة، والتي ألقاها في شهر تشرين الثاني/نوفمبر من عام ١٩٨٧ بكلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة.

(٤٠) إذا أردت تعمقاً في معرفة وحدة الخطأ الجزائي والمدني فعد للصفحتين: ٢٠٠ و٢٠١ من القسم الثاني من كتاب «شرح قانون العقوبات القسم الخاص» للدكتورين جاك يوسف الحكيم ورياض الخاني، المطبوع بجامعة دمشق عام ١٩٨١ ـ ١٩٨٢.

(٤١) تجدر الإشارة إلى الندوة الفرنسية التي عقدت في باريز بتاريخ ١٠/١٠/١٩٨٥ لمناقشة **المظاهر القانونية الحقوقية والأخلاقية الأدبية للمعالجات الطبية الجديدة أو الحديثة على الانسان** (E'tude Chez L'Homme Du Nouveau Médicament-Aspects Juridiques Et Ethiques).

وناقشت المواضيع التالية:

١ً ـ **في الاطار الطبي** (**Aspects Médicaux**).

(أ) التجارب الطبية على الانسان (Expérimentation Humaine).

(ب) المبادىء الأخلاقية التي تحكم التجارب الطبية على الإنسان.

(جـ) المظاهر العملية للتجارب الطبية على الإنسان.

٢ - **في الإطار القانوني أو الحقوقي: (Aspects Juridiques):**

(أ) التجارب الطبية من وجهة نظر قانون العقوبات.

(ب) التجارب الطبية والتأمين.

(جـ) المبادىء الأخلاقية التي تحكم التجارب الطبية على الإنسان.

(د) دور المشرع في إطار التجارب الطبية على الانسان. (Expérimentation Humaine: Rôle du Législateur).

(٤٢) نلفت نظر القارىء إلى المقال المنشور في الصفحة العاشرة من العدد ٢٨٤٣ من جريدة «**الخليج**» الإماراتية الصادرة في ١٩٨٧/٢/٢ وعنوانه: «طبيب القلوب بلا قلب - أجرى تجاربه الطبية على مرضاه دون تخديرهم». فقد نسبت الصحيفة إلى الطبيب السويدي بجارن سمب وهو الطبيب الذي أنجز أول عملية قلب صناعي في أوروبا، انه أجرى تجارب طبية على بعض المرضى دون أن يقوم بتخديرهم.

وقد أحدث عمله هذا ضجة كبرى في أوساط العاملين معه في معهد كارولنسكا في السويد حيث قدّم أكثرهم استقالته من العمل.

(٤٣) عد إذا أردت لموضوع «**فقه الطبيب وأدبه**» للدكتور **عبدالستار أبو غدة**، المنشور في الصفحات ١٤٥ - ١٦٥ من العدد ٢٨ من مجلة «**المسلم المعاصر**» الصادرة في كانون الأول/ديسمبر من عام ١٩٨١، وهناك مواضيع كثيرة عن المبادىء الأخلاقية التي يجب أن يتحلى بها الطبيب في الإسلام يصعب تعدادها هنا لضيق المجال.

(٤٤) عرّف الدكتور **شريف بسيوني** في الصفحتين ٨٥ و٨٦ من كتابه القيّم «**القانون الجزائي الدولي**» (International Criminal Law) المرجع السابق، التجربة الطبية غير المشروعة (Unlawful Medical Experimentation) بأنها «كل تبديل أو تغيير فيزيولوجي أو نفسي لجسم الانسان من خلال عمليات جراحية أو حقن أو أبر أو زرق مواد بأمر من موظف عام أو بتحريض منه، بحيث يكون هذا الموظف العام مسؤولاً عنها ودون أن يكون الشخص الخاضع لها قد مَنَحَ موافقته الصريحة الحرة، لتمتعه بأهلية الرضا والموافقة، وبعد أن يكون قد أُعْلِمَ بشكل تام عن طبيعة التجربة وآثارها المحتملة.

ويستطيع الشخص أن يرجع عن رضائه في كل وقت، ويعتبر أنه قد رجع عنه إذا لم يكن قد أحيط مسبقاً وبزمن معقول بأدوار التجربة وكل التطورات والآثار التي يمكن أن تتحصل عنها».

والجدير بالذكر ان المادة (٤٣) من الدستور المصري الصادر عام ١٩٧١ نصت على أنه «لا يجوز اجراء أي تجربة طبية أو علمية على أي انسان بغير رضائه الحر».

وهذا النص حسب رأي الدكتور محمود محمود مصطفى مستقى من المادة (٧) من الاتفاقية الدولية بشأن الحقوق المدنية والسياسية التي تبنتها الأمم المتحدة عام ١٩٦٦. وقد أشرنا إليه في مناسبة سابقة.

(٤٥) نشير هنا للرسالة القيّمة «**المسؤولية الجنائية للأطباء**» التي كان قد تقدم بها السيد **محمد أسامة عبدالله قايد** عام ١٩٨٣ لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق من جامعة القاهرة بإشراف العميد الدكتور **محمود نجيب حسني**.

كما نشير أيضاً الى كتاب «**المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق**» وهو للمحامي **بسام محتسب بالله** ومطبوع في دمشق عام ١٩٨٤.

(٤٦) أنظر على سبيل الاطلاع المقال القيّم للأستاذ **فهمي هويدي وعنوانه**: «**حوار في أوانه بين الفقهاء والأطباء (مجلس صلح) في الكويت حول الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية**»، ما هو رأي الدين في:

- أسرار مهنة الطب والمرضى؟
- اختلاف القانون الوضعي مع الشريعة؟
- بيع الأعضاء وعمليات التجميل؟
- أمراض النساء والبويضات الملقحة؟

وقد نشر مقاله في الصفحة الثالثة من العدد ٢٩٢٨ من جريدة «**الخليج**» الصادرة في دولة الإمارات العربية المتحدة يوم الثلاثاء في ١ رمضان ١٤٠٧ هـ الموافق ٢٨ نيسان/ابريل ١٩٨٧م.

(٤٧) أنظر أيضاً كتاب ب. د. ج **سكيج** «**القانون، الأخلاق والطب دراسات في الطب القانوني**» **(P.D.G. Skegg-Law, Ethics, and Medicine-Studies in Medical Law-New College-Oxfort Press)**. وهو صادر في انكلترا عام ١٩٨٣ من قبل مؤسسة كلاريندون (Clarendon Press).

وعد كذلك للكتاب القيّم «**معاملة السجناء طبقاً للقانون الدولي**» **(The Treatment Of Prisoners Under International Law** وهو للدكتور نيجيل رودلي (Nigel Rodley) ومن مطبوعات انكلترا عام ١٩٨٧ من قبل (Clarendon Press) حيث بحث الدكتور رودلي فيه بالتفصيل، فيما بحث، عن القواعد والمبادىء الأخلاقية التي يجب على الطبيب أن يتحلى بها في ممارسته لمهنة الطب بصورة عامة، والمبادىء الأخلاقية التي يجب عليه أن يتحلى بها بالنسبة للتجارب الطبية على السجناء ورعايا العدو المعتقلين وأمور أخرى بصورة خاصة.

(٤٨) استعرضنا موضوع مساعدة العسكري، والمطلوب للخدمة العسكرية على تشويه نفسه كي يتخلص من الخدمة أو حتى من حياته بالانتحار وعن مسؤولية من يساعده من أطباء أو صيادلة، نقول استعرضناه في الصفحتين ٢٩٧ و٢٩٨ من كتابنا «مبادىء علمي الاجرام والعقاب» القسم الثاني المخصص لعلم تنفيذ العقاب، المرجع السابق. كما استعرضناه في الصفحتين ١٦ و١٧ من موضوعنا «**ضرورة تدريس الطب الشرعي لطلاب كليات الحقوق**» مساهمة منا في أسبوع العلم رقم (٢٢) الذي انعقد في رحاب جامعة دمشق من ٦ - ١١/١٢ من عام ١٩٨٢ ويعتبر عقاب العسكري، والمطلوب للخدمة العسكرية والأطباء والصيادلة في المادتين ١٤٦ و٦٦ دليلاً كافياً على عدم حرية كل شخص في التصرف بجسمه إيذاءاً أو تشويهاً وحتى انتحاراً كما انه يعاقب ويشدد في عقاب الطبيب والصيدلي أيضاً لأنهما خالفا واجباتهما الأصلية في انقاذ الناس وليس مساعدتهم على الفناء.

(٤٩) نشير هنا للمحاضرة القيّمة التي ألقاها الأستاذ الدكتور **عصام الشربيني** مساء يوم الثلاثاء الواقع في ١٩٨٧/١١/٢٤ في مسرح المعهد الإسلامي بمدينة العين حول: «**الكحول والمخدرات وأثرهما على المجتمع**» - وكان لنا شرف حضورها -.

وقد أكّد الأستاذ المحاضر على ظاهرة تزايد الاقبال على تعاطي المواد المنشطة وحتى المهدئة في العديد من دول العالم.

كما اننا عالجنا مشكلة اعطاء اللاعبين الرياضيين للأدوية المنشّطة أو المثبّطة في موضوعنا «**مهام الشرطة وأجهزة الأمن المختصة في الوقاية من العنف والشغب في المباريات الرياضية ـ دراسة قانونية واجتماعية ونفسية مقارنة ـ**» وسينشر قريباً بإذن الله.

(٥٠) أشرنا سابقا الموضوع إلى أننا عالجنا في مناسبات سابقة موضوع: «**المظاهر القانونية لعمليات نقل وزرع القلب والتصرف بأعضاء الجسم البشري**»، وكذلك موضوع: «**المظاهر القانونية والطبية لتشريح جثة الانسان للغايات العلمية والتعليمية**» فليعد لهما من يشاء.

(٥١) ننصح القارىء العودة للهامش رقم (٩) من هذا الموضوع بالنسبة لكتاب: «**الاجرام الدولي**» للدكتور **عبدالوهاب حومد**، وكذلك بالنسبة لكتاب: «**القانون الجزائي الدولي**» للدكتور **شريف بسيوني** خاصة بالنسبة لجريمة «**ابادة الجنس البشري**» التي صارت تعتبر من الجرائم الدولية اليوم.

(٥٢) التزاماً منّا بالكلام عن المبادىء الأخلاقية التي يجب على الطبيب أن يتحلى بها في ممارسته لمهنته الطبية، فاننا لم نستطع الكلام بالتفصيل عن المسؤولية الطبية الجزائية (الجنائية) أو المدنية أو المهنية أي المسلكية، رغم أننا على يقين بأن مخالفة الطبيب أو الجراح أو غيره من العاملين في الحقل الطبي للمبادىء الأخلاقية التي يجب أن يتحلوا بها يُعَرِّضهم للمساءلة الجزائية (الجنائية) أو المدنية أو المسلكية (المهنية).

ونعتقد بأن أحسن ما كتب حتى الآن عن المسؤولية الطبية في العالم العربي هو كتاب: «**المسؤولية الطبية في قانون العقوبات**» للدكتور فائق الجوهري وهو مطبوع في القاهرة عام ١٩٥٢. وننصح القارىء العودة إليه.

(٥٣) تجدر الإشارة إلى أن تصريح جنيف قد عُدِّلَ في سيدني عام ١٩٦٨ وقد حوى عدداً من المبادىء الأخلاقية التي يجب أن يتحلى بها الطبيب وأهمها: **تكريس حياته لخدمة الانسانية، وأن يمارس مهنته بشرف وأمانة، وأن يحترم أساتذته وزملاءه، ويعتبر الأخيرين اخوة له، وأن يهتم بصحة مريضه فيحافظ على أسراره ولا يسمح للاعتبارات الدينية والوطنية والعرقية والسياسية أن تتدخل بين واجباته ومريضه، ولا يستعمل معلوماته الطبية فيما يخالف قوانين الانسانية، ويحافظ على شرف وآداب وأخلاق مهنة الطب.**

(٥٤) ذكرنا في صفحة سابقة من هذا الموضوع من أن المؤتمر الطبي الدولي لزرع الأعضاء الذي عقد في مدريد باسبانيا في شهر تموز/يوليو من عام ١٩٦٩ تمخّض عن توصيات أهمها أن يُسَلَّمَ خريج كلية الطب في جميع جامعات العالم عند تخرجه من الكلية ليس قَسَمَ أبيقراط الطبي (Hippocratic Oath) فقط، بل وأيضاً ما جاء بقرار محكمة نورينبيرغ العسكرية المتعلق بالطرق والأصول المشروعة التي يجب على الطبيب أن يتبعها عند التشريح واجراء التجارب الطبية والعلمية (Medical & Scinetific Researchs) وكذلك نصوص أية معاهدة دولية أخرى متعلقة بالتشريح الطبي والتجارب الطبية (Medical Experimentations).

تَمَّ بِحمده تعالى



التنفيذ على شخص المدين بحبسه

دراســـة
في قانون دولة الإمارات والقانون المقارن والشريعة الإسلامية

بقـــلم
الدكتور / أحمد محمد مليجي *

(*) أستاذ قانون المرافعات المساعد بكلية الحقوق، ـ جامعة أسيوط ـ معار إلى كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات، له العديد من المؤلفات والبحوث في المرافعات.



مقـــدمـــة

لا جدال في أن فن التشريع يقتضي من الشارع عند وضع قواعد التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية، التوفيق بين مصالح الدائن ومصالح المدين، فينبغي على الشارع أن يمكن الدائن من الحصول على حقه دون مغالاة في الشكل بحيث لا تكون اجراءات التنفيذ معقدة وباهظـة التكـاليـف، وسـوف يـؤدي ذلـك إلى ازدهـار الإقتصـاد ورواج المعاملات، اذ لن يتردد الدائن كثيراً قبل منح الائتمان لمدينه، كما ينبغي على الشارع أيضاً أن يوفر الضمانات الكافية للمدين، بحيث يحميه من عسف الدائن، وبحيث لا تبدو قواعد التنفيذ مجردة من الرحمة والإنسانية.

كما يقتضي فن التشريع من المشرع أيضاً أن يراعي حالة المجتمع وظروفه، بحيث لا يضع قواعد للتنفيذ بعيدة كل البعد عن الواقع العملي، وكلما ظهرت مشكلة عملية معينة يسارع إلى وضع القواعد والإجراءات اللازمة لعلاجها قبل أن تتفاقم. ومن أهم المشاكل التي يضج منها المتقاضون، بطء اجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية وعدم فاعليتها أحياناً. وما أن يحصل صاحب الحق على حكم من القضاء لصالحه بعد رحلة تقاضي طويلة تكبد خلالها الكثير من الجهد والنفقات، فإنه يبدأ رحلة جديدة لتنفيذ هذا الحكم، يتكبد خلالها أيضاً الكثير من الجهد والنفقات، ومما لا يتصوره العقل ان هذا الحكم الذي ظفر به والذي يعتبر عنواناً للحقيقة قد يتحول في مرحلة التنفيذ إلى مجرد قصاصة من الورق لا قيمة لها بسبب تقاعس المدين عن تنفيذ الحكم ومماطلته، فقد شاع في كثير من البلاد مطل جمهور المدينين وعنتهم، وقد ساعد على ذلك خلو قواعد التنفيذ الجبري من الوسائل الكفيلة بالحد من عنت المدين الموسر ومماطلته، ومن أهم هذه الوسائل التنفيذ على شخص اللدين القادر على الوفاء بحبسه، ورغم أن تطور الفكر القانوني قد أدى إلى أن المدين يلتزم في ماله لا في جسده، فإن هذا التطور لم يقلل من أهمية هذه الوسيلة، ولم تندثر فكرة التنفيذ على شخص المدين بحبسه بل لها وجود في كثير من التشريعات الحديثة.

وقد أجاز جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية الغراء حبس المدين الموسر القادر على الوفاء، أما المدين الفقير فإنه لا يجوز حبسه وسوف نوضح ذلك بالتفصيل في هذا البحث.

وفي القانون الروماني[1] كان الحبس جائزاً كوسيلة تهديدية لاكراه المدين الموسر المماطل على الوفاء . وكوسيلة تنفيذية ان كان المدين معسراً ، فقد كان للدائن بعد مضي ثلاثين يوماً من تاريخ حصوله على حكم قضائي بدينه أو اعتراف المدين به ، الحق في القبض على مدينه (Manus Injectio) أمام البريتور ، وبعد مضي ستين يوماً من تاريخ القبض على المدين كان للدائن إذا لم يحصل على حقه أن يسترق مدينه ، وله قتله أو بيعه خارج روما ، وقد نص قانون الألواح الاثني عشر على ان للدائنين ـ في حالة تعددهم ـ اقتسام اشلاء المدين ، ولكن خفت حدة هذا النظام بصدور قانون باتيليا بيبريا (Lex Poetilia Papiria) الذي صدر في عام ٣٢٦ قبل الميلاد ، حيث حرم على الدائن استرقاق المدين ، واقتصر حق الدائن على حبس المدين في سجنه الخاص (Duci Jubare) ، حيث يظل المدين محبوساً حتى يستوفي الدائن حقه ، إما عن طريق التصالح معه أو عن طريق إجباره على العمل لحسابه حتى يستوفي دينه من ثمرات هذا العمل ، وبصدور قانون جوليا (Lex Julia De Cessione Bonorum) في عهد الامبراطور أغسطس اعطى للمدين فرصة لتفادي حبسه بالتنازل للدائنين عن جميع أمواله (Cessio Bonorum) ، ثم استحدث البريتور (Rutulius Rufus) نظاماً جديداً للتنفيذ وهو التنفيذ على أموال المدين وبيعها بالمزاد العام (Venditio Bonorum) ، بحيث أصبحت أموال المدين هي الضامنة للوفاء بما عليه من ديون ، ولكن هذا النظام الحديث لم يلغ نظام الحبس تماماً ، بل وجد إلى جانبه ومكملاً له .

ومساهمة منا في حل مشكلة بطء اجراءات التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية ، فإننا سوف نتعرض في هذا البحث لدراسة نظام التنفيذ على شخص المدين بحبسه في القانون وفي الشريعة الإسلامية ، وسوف نقسم هذا البحث إلى أربعة مباحث ، ندرس في المبحث الأول التنفيذ على شخص المدين في قانون إجراءات المحاكم المدنية الظبياني وفي مشروع قانون الاجراءات أمام المحاكم المدنية في دولة الإمارات العربية المتحدة . ونظراً لتشابه مواد هذا المشروع بالقانون الكويتي فسوف نخصص مبحثاً ثانياً لدراسة التنفيذ على شخص المدين في القانون الكويتي ، وفي مبحث ثالث ندرس موقف القانون المصري والفرنسي من نظام التنفيذ على شخص المدين ، وفي مبحث أخير نوضح التنفيذ على شخص المدين في الفقه الإسلامي .

المبحث الأول

التنفيذ على شخص المدين
في قانون اجراءات المحاكم المدنية الظبياني
ومشروع قانون الإجراءات أمام المحاكم المدنية
فـي دولة الإمارات العربية المتحدة

نظم قانون اجراءات المحاكم المدنية الظبياني (قانون رقم ٣ لسنة ١٩٧٠)، التنفيذ على شخص المدين بحبسه في المادة ١١٣ منه[٢]، كما نظمه مشروع قانون الإجراءات أمام المحاكم المدنية[٣]، في المواد ٣١٩ ـ ٣٢٣، وسوف نتعرض لأحكام الحبس في كل منهما فيما يلي:

شروط حبس المدين:

يجب لحبس المدين الممتنع عن سداد الدين أن يكون قادراً على الوفاء، وقد نص المشروع الظبياني على هذا الشرط في المادة ١١٣ من قانون اجراءات المحاكم المدنية بقوله أنه «إذا ثبت للمحكمة اعسار المدين فلا تحكم بحبسه، ولها أن تمهله المدة التي تقدرها وفقاً لظروف الحال إلى أن تثبت قدرته على الوفاء».

وهذا الشرط مستفاد من القواعد العامة في القانون المقارن وأحكام الفقه الإسلامي أيضاً، لأنه لا يجوز حبس المدين الفقير، إذ أن حبس المدين المعسر يعتبر نوعاً من الظلم، كما أن الغرض من الحبس الضغط على ارادة المدين له على الوفاء بإظهار ما يخفيه من أموال يمكن الحجز عليها استيفاء لحق الدائن، فإذا لم يكن المدين موسراً فإن الحبس لن يحقق غايته.

وقد نصت المادة ١/٣١٩ من مشروع قانون الإجراءات المدنية على هذا الشرط صراحة، كما نصت هذه المادة على أنه «لا يعتبر المدين قادراً على الوفاء إذا قامت ملاءته كلياً على أموال لا يجوز الحجز عليها» لأن المشرع حينما حظر الحجز على بعض أموال المدين فإنما راعى في ذلك بعض الاعتبارات الانسانية، كعدم جواز الحجز على الفراش اللازم للمدين وزوجته وأقاربه ولا على ما يرتدونه من ثياب، أو ما يلزم للمدين لمزاولة مهنته التي يتكسب منها وكذلك ما يلزم قوت المدين وعائلته لمدة معينة، وما دام أنه لا يجوز الحجز على مثل هذه الأموال فإنه لذات الاعتبار لا تدخل في ملاءة المدين، فإذا كانت كل أمواله من التي لا يجوز الحجز عليها فلا يعتبر المدين قادراً على الوفاء بما عليه من ديون[٤].

ووفقاً للمادة ١/٣١٩ من مشروع قانون الإجراءات المدنية يجب لحبس المدين أن يكون قد صدر ضده حكم نهائي أو أمر أداء نهائي، فإذا لم يكن الحكم أو الأمر نهائياً لا يجوز حبس المدين وفاء لمقدار الحق الثابت به، لأنه للمدين أن يطعن في الحكم أو الأمر الصادر ضده، وقد ينتج عن الطعن الغاء هذا الحكم أو الأمر ومن ثم لا يكون هناك مبرر للحبس.

ومما هو جدير بالملاحظة ان القانون الظبياني لا يشترط أن يكون الحكم أو الأمر الصادر ضد المدين نهائياً، لأن القاعدة العامة في تنفيذ الأحكام والأوامر وفقاً لهذا القانون، انها تنفذ فور صدورها من محكمة أول درجة، ولا ينبغي التريث لحين صيرورة الحكم أو الأمر نهائياً إلا إذا أوقفت محكمة التنفيذ أو محكمة الاستئناف تنفيذ الحكم أو الأمر بناء على طلب المحكوم ضده في حالات استثنائية معينة لا يتسع المقام للتعرض لها، ولذلك فإنه وفقاً للقانون الظبياني يجوز حبس المدين إذا تقاعس عن تنفيذ حكم ابتدائي، طالما أنه لم يطلب وقف تنفيذه أو طلب الوقف ورفضت المحكمة الاستجابة له لعدم اقتناعها بمبررات طلبه.

ويشترط لحبس المدين ألا يقل مقدار الدين عن ألف درهم (مادة ١١٣ من قانون الإجراءات المدنية الظبياني)، وقد رفع المشرع الظبياني هذا المقدار في التعديل التشريعي الأخير لهذه المادة سنة ١٩٨٥، وقبل هذا التعديل كان يشترط ألا يقل مقدار الدين عن مائة وخمسين درهماً، ولم ينص مشروع قانون الإجراءات المدنية على هذا الشرط، ومن ثم يجوز الحبس عند العمل بهذا المشروع وفاء لأي دين مهما قل مقداره، وهذا يتفق مع اتجاه في الفقه الإسلامي كما سيتضح لنا ذلك بعد قليل، لأن المدين الموسر الممتنع عن الوفاء يعتبر ظالماً متعنتا دون اعتداد بقيمة الدين، ففي كل ساعة يمتنع هذا المدين عن أداء الحق يعتبر عاصياً فيقابل في كل ساعة من ساعات الإمتناع بساعة من ساعات الحبس، وأياً كانت قيمة حق الدائن فان تعنت المدين يكون واحداً في كافة الحالات سواء قل هذا الحق أو كثر.

ووفقاً للقواعد العامة في القانون المقارن فإن الالتزامات التي يجوز حبس المدين بها تتمثل في الالتزام بالوفاء بمبلغ من النقود أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، بشرط ألا يكون الالتزام المطلوب من المدين الوفاء به يتعلق بحريته الشخصية، فإذا كان لشخصية المدين اعتبار في تنفيذ الإلتزام فإنه لا ينبغي حبسه لإكراهه على الوفاء بهذا الالتزام، فمثلاً لا يجوز حبس المدين لاجباره على الوفاء بتأليف كتاب معين أو رسم لوحة أو غير ذلك من الالتزامات التي ترتكز على قدرات المدين الذهنية.

وينبغي لحبس المدين أن يطلب الدائن ذلك، وقد أوضحت المادة ١/٣١٩ من المشروع ان قاضي التنفيذ يصدر أمره بالحبس بناء على عريضة تقدم من المحكوم له، وإذا لم يطلب الدائن ذلك فليس للقاضي أن يصدر أمراً بحبس المدين، لأن للدائن أن

يلجأ لوسيلة الحبس أو لا يلجأ، بل أنه قد يتنازل عن حقه للمدين، فالأمر يتعلق بالنظام العام حتى يتدخل القاضي من تلقاء نفسه، وانما الحبس مقرر لمصلحة خاصة للدائن، وقد يجد أن من مصلحته عدم حبس مدينه.

ويلاحظ أن الذي يحبس في الدين هو المدين نفسه، ويجوز أن يحبس الكفيل، ولكن إذا حبس الكفيل فإن هذا يقتضي حبس المدين الأصلي أو استمرار حبسه(٥)، إذا كان محبوساً من قبل، اذ تجيز المادة ١٧٨/١ من قانون المعاملات المدنية بدولة الإمارات العربية المتحدة، رقم ٥ لسنة ١٩٨٥، للدائن أن يطالب الأصيل بالدين أو الكفيل أو مطالبتهما معاً، وينبغي عند التنفيذ على الكفيل مراعاة قواعد الكفالة المنصوص عليها في قانون المعاملات المدنية الاتحادي (المواد من ١٠٥٦ إلى ١١٠٥).

ووفقاً للمادة ١١٣ من القانون الظبياني يجوز للمحكمة أن تأمر بحبس ممثل الشخص الاعتباري الخاص، أو وارث المدين المتوفـي إذا كان له وارث، إذا تبين من ظروف الحال أن أياً منهم تصرف بسوء نية اضراراً بالمحكوم له، أو امتنع عن تنفيذ الحكم أو الأمر مع القدرة على الوفاء.

وتنص المادة ٣٢٢ من مشروع قانون الاجراءات أمام المحاكم المدنية على أنه «إذا كان المدين شخصاً اعتبارياً خاصاً صدر الأمر بحبس من يكون الامتناع عن التنفيذ راجعاً إليه شخصياً، أي أن الذي يحبس في هذه الحالة هم الموظفون المسؤولون عن ادارة هذا الشخص الاعتباري الخاص، والذين يتمنعون عن الوفاء بديونه، ولا يطبق ذلك على الأشخاص الاعتبارية العامة، كالدولة والهيئات العامة والمؤسسات العامة لأنها أشخاص اعتبارية عامة ليست خاصة، كما انها جهات حكومية ولا يتصور امتناعها عن الوفاء الا لأسباب قانونية تتعلق بقواعد تنفيذ الميزانية أو اعتماد جهات الصرف المالية(٦).

ويجب لحبس المدين إلا يتوافر فيه مانع من موانع الحبس المنصوص عليها في المادة ٣٢١ من المشروع، فلا يجوز حبس المدين إذا كان له ولد ولم يبلغ الخامسة عشر وكان زوجه متوفـي أو محبوساً لأي سبب آخر وذلك لاعتبارات انسانية، كما لا يجوز حبس المدين إذا كان زوجاً للدائن أو أصوله أو فروعه ما لم يكن الدين نفقة مقررة وذلك للحفاظ على الروابط الأسرية، كذلك لا يجوز حبس المدين إذا قدم كفالة مصرفية كافية أو كفيلاً مقتدراً يقبله قاضي التنفيذ، ويلاحظ أن قانون الاجراءات المدنية الظبياني لم ينص على هذه الموانع ولكنها مستفادة من القواعد العامة في القانون المقارن.

اجراءات حبس المدين:

وفقاً للمادة ٣٢٠ من مشروع قانون الاجراءات المدنية يجب أن يقدم المحكوم له عريضة لقاضي التنفيذ يطلب فيها حبس المدين، وان يرفق بهذا الطلب صورة من الحكم أو أمر الأداء واعلانه، وللقاضي أن يجري تحقيقاً مختصراً يستكمل به قناعته قبل

اصدار أمر الحبس إذا لم تكن المستندات المؤيدة للطلب كافية، ويجوز للقاضي أن يمنح المدين مهلة للوفاء بالدين لا تجاوز شهراً، وللمدين أن يتظلم من أمر الحبس الصادر ضده وذلك باتباع الاجراءات المقررة للتظلم من الأوامر على العرائض.

مدة الحبس وأثره وسقوطه:

نصت المادة ١١٣/هـ من قانون الاجراءات المدنية الظبياني على أن «يكون الحبس لمدة شهر، ويجوز مدها لمدد أخرى مماثلة» وواضح من هذا النص أن المشرع الظبياني حدد مدة الحبس بشهر دون تحديد حد أقصى لها، إذ لم يضع أي قيد على سلطة محكمة التنفيذ في تحديد مدة الحبس لمدد أخرى ولكن لما كان الغرض من حبس المدين اجباره على دفع الدين، فإنه يجب على محكمة التنفيذ أن تمارس سلطتها في تجديد مدة الحبس بطريقة قضائية عادلة، فلا تحبس المدين مدة طويلة بغير جدوى أو فائدة، وانما يجب أن تحبسه المدة اللازمة فقط لاكراهه على الوفاء.

وقد حددت المادة ٣١٩ من مشروع قانون الاجراءات المدنية في دولة الإمارات العربية المتحدة، مدة الحبس بشهر أيضاً، وانه يجوز تجديد هذه المدة لمدد أخرى وعلى قاضي التنفيذ سماع أقوال المدين قبل تجديد حبسه، وينبغي أيضاً عند العمل بالمشروع أن يمارس قاضي التنفيذ سلطته في الأمر بتجديد الحبس بطريقة قضائية عادلة بحيث لا يجدد حبس المدين لمدة أخرى إلا إذا كانت هناك فائدة من ذلك.

أما أثر الحبس فإنه لا يتعدى كونه وسيلة للضغط على ارادة المدين لاجباره على الوفاء بالتزامه، وهو ليس عقاباً مقصوداً لذاته، وهو لا يؤدى إلى انقضاء الحق الذي تقرر الحبس لاقتضائه، اذ لا يعتبر الحبس مبرئاً لذمة المدين (مادة ١١٣ من قانون الاجراءات المدنية الظبياني - مادة ٤/٣٢٠ من المشروع)، ومن ثم فان حبس المدين لا يمنع الدائن من التنفيذ الجبري على أموال مدينه بالطرق الأخرى المنصوص عليها في القانون، سواء بالحجز على منقولات مدينه أو عقاراته أو ماله لدى الغير.

ويأمر قاضي التنفيذ بسقوط الأمر الصادر بحبس المدين وفقاً للمادة ٣٢٣ من المشروع اذا وافق الدائن كتابة على اسقاط الأمر، أو اذا انقضى لأي سبب من الأسباب التزام المدين الذي صدر أمر الحبس لاقتضائه، أو اذا سقط أي شرط من الشروط اللازم توافرها للأمر بالحبس أو تحقق مانع من موانع اصدار أمر الحبس، كما إذا اصبح المدين معسراً أو حكم بنقض الحكم النهائي، أو اذا قدم المدين كفيلاً، أو ماتت أو حبست زوجته وكان له ولد لم يبلغ الخامسة عشرة، وبسقوط أمر الحبس فإنه يخلى سبيل المدين المحبوس.

المبحث الثاني

التنفيذ على شخص المدين في القانون الكويتي

أجاز المشرع الكويتي حبس المدين في الدين، ولم يجعل الحبس قاصراً على دين معين، وإنما أجاز حبس المدين وفاء لأي دين، وقد نص على قواعد واجراءات الحبس في المواد ٢٩٢ ـ ٢٩٦ من المرسوم بقانون رقم (٣٨) لسنة ١٩٨٠ وسوف نلقي الضوء على نظام الحبس وفقاً لهذا القانون فيما يلي:

شروط الحبس:

يجب لحبس المدين وفقاً للقانون الكويتي أن تتوافر شروط معينة وهذه الشروط هي:

١ ـ أن يمتنع المدين عن تنفيذ حكم نهائي أو أمر أداء نهائي: اذ لا يكفي أن يكون قد صدر لصالح الدائن حكم ابتدائي حتى ولو كان مشمولاً بالنفاذ المعجل بل يجب لحبس المدين أن يكون الحكم الصادر ضده قد أصبح حكماً نهائياً غير قابل للطعن فيه بالاستئناف، فإذا لم يكن الحكم حائزاً لقوة الأمر المقضي فإنه لا يجوز حبس المدين، وهذا يدل على اتجاه المشرع الكويتي في مراعاة مصلحة المدين بعدم جواز حبسه إلا إذا كان حق الدائن مؤكداً في مواجهته، سواء بحكم حائز لقوة الأمر المقضي أو بأمر أداء نهائي.

ولا يشترط أن يكون الحكم أو الأمر صادراً في مسألة معينة، لأن القانون الكويتي يجيز الحبس لأي دين، كما يستوى أن يكون الحكم الصادر لصالح الدائن صادراً من قضاء الدولة أو أن يكون حكم محكمين، أو أن يكون حكماً أجنبياً[٧].

ولكن ينبغي أن يمتنع المدين عن تنفيذ الحكم أو الأمر الصادر ضده، فإذا تم تنفيذ الحكم أو الأمر سواء باختيار المدين أو جبراً عنه، فإن حق الدائن ينقضي ومن ثم لا يكون هناك أي مبرر لحبس المدين الصادر ضده الحكم أو الأمر.

ويلاحظ أنه إذا كان المدين شخصاً اعتبارياً خاصاً، فإن الأمر يصدر بحبس من يكون الامتناع عن التنفيذ راجعاً إليه شخصياً (مادة ٢٩٥ من القانون الكويتي).

٢ ـ ثبوت قدرة المدين على الوفاء بالدين: فإذا كان المدين معسراً فلا يجوز حبسه، لأن الهدف من حبس المدين اجباره على الوفاء بحقوق دائنيه والمعسر لا يستطيع الوفاء ومن ثم لن يجدي حبسه.

وينبغي ملاحظة أن المدين لا يعتبر قادراً على الوفاء، إذا قامت ملاءته كلياً على أموال لا يجوز الحجز عليها، لأن هذه الأموال ليست محلاً للتنفيذ لاعتبارات معينة

قدرها الشارع، ولذا فان امتلاك المدين لهذه الأموال لا يدل على يساره، ويقع عبء اثبات يسار المدين على المحكوم له، وليس على المدين إثبات الاعسار.

٣ ـ أن يطلب الدائن حبس مدينه: إذ ليس للقاضي من تلقاء نفسه أن يصدر أمراً بحبس المدين، بل يصدر هذا الأمر بناء على عريضة تقدم من الحكوم له، لأن حبس المدين وسيلة من وسائل التنفيذ الجبري، وللدائن أن يستعمل حقه في التنفيذ الجبري أو لا يستعمله، ولذلك فانه مهما ماطل المدين في الوفاء فانه لا يجوز حبسه دون طلب من دائنه.

اجراءات الحبس ومدته وأثره:

طبقاً للمواد ٢٩٢ ـ ٢٩٣ من القانون الكويتي ينعقد الاختصاص باصدار أمر حبس المدين لمدير ادارة التنفيذ أو من تندبه الجمعية العامة للمحكمة الكلية من الوكلاء بهذه المحكمة، ويصدر الأمر بناء على عريضة تقدم من المحكوم له. ويقدم الدائن طلب الحبس الى ادارة التنفيذ مشفوعاً بصورة من السند التنفيذي واعلانه، وللقاضي قبل أن يصدر الأمر أن يجري تحقيقاً مختصراً إذا لم تكفه المستندات المؤيدة للطلب، ويجوز له أن يمنح المدين مهلة للوفاء لا تتجاوز شهراً، كما يجوز للمدين التظلم من الأمر طبقاً للقواعد الخاصة بالأوامر على العرائض.

والحد الأقصى لمدة حبس المدين هو ستة أشهر، ولا ينبغي أن تزيد مدة الحبس عن هذا الحد، ويحدد القاضي في الأمر مدة الحبس، كما يبين في الأمر ما إذا كانت هذه المدة تنفذ دفعة واحدة أو على دفعات متعددة، ولا أثر للحبس على الدين، إذ لا يؤدي تنفيذ الأمر بالحبس الى انقضاء الحق الذي تقرر الحبس لاقتضائه، بل يجوز التنفيذ على أموال المدين جبراً بالطرق المقررة قانوناً حتى يستوفي الدائن حقه.

موانع الحبس:

هناك حالات معينة نص المشرع الوكيتي عليها في المادة ٢٩٤ يمتنع فيها اصدار أمر الحبس، وهذه الحالات هي:

١ ـ إذا تجاوز سن المدين الخامسة والستين، وذلك مراعاة لشيخوخته.

٢ ـ اذا كان للمدين أولاد لم يبلغوا الخامسة عشرة عاماً وكان زوجه متوفي أو محبوساً لأي سبب، وذلك حتى لا يترك هؤلاء الأبناء بدون رعاية.

٣ ـ إذا كان المدين زوجاً للدائن أو من أصوله أو فروعه، ما لم يكن الدين دين نفقة مقررة، وأساس امتناع الحبس هنا المحافظة على الروابط العائلية.

٤ ـ إذا كان المدين قد استوفى الحد الأقصى لمدة الحبس التي حددها أمر سابق عن ذات الدين، لأنه لا جدوى من الحبس في هذه الحالة.

٥ ـ إذا قدم المدين كفالة مصرفية كافية أو كفيلاً مقتدراً يقبله القاضي المختص باصدار أمر الحبس.

سقوط أمر الحبس:

وفقاً للمادة ٢٩٦ من القانون الكويتي يسقط الأمر الصادر بحبس المدين في الأحوال الآتية:

١ ـ إذا وافق الدائن كتابة على اسقاط الأمر، فكما أن للدائن طلب حبس المدين، فإن له أيضاً النزول عن هذا الطلب واسقاط الأمر الصادر بحبس مدينه.

٢ ـ إذا انقضى حق الدائن الذي صدر أمر الحبس لاقتضائه، أياً كان سبب الانقضاء، اذ لن يكون هناك مبرر للحبس في هذه الحالة.

٣ ـ إذا سقط أي شرط من الشروط اللازم توافرها للأمر بالحبس، أو إذا تحقق مانع من موانع إصدار أمر الحبس التي ذكرناها فيما سبق.

المبحث الثالث

التنفيذ على شخص المدين في القانونين الفرنسي والمصري

لم يأخذ المشرع الفرنسي بنظام حبس المدين في الديون المدنية والتجارية، وقد انتهج المشرع المصري نفس النهج فحرم هذا النظام ـ كقاعدة ـ أيضاً، ومع ذلك فان هناك بعض الحالات الاستثنائية التي يجوز فيها حبس المدين سواء في التشريع الفرنسي أو المصري ولكن هذه الحالات الاستثنائية تنحصر بصفة أساسية في بعض المواد الجنائية أو الشرعية، وسوف نوضح الآن موقف كل من القانونين من هذا النظام في مطلبين كالتالي:

المطلب الأول

موقف القانون الفرنسي من نظام حبس المدين

كان الإكراه البدني (La Contrainte par Corps) ـ أي حبس المدين ـ سائداً في أوروبا في العصور الوسطى، وقد نظم المشرع الفرنسي حبس المدين لإكراهه على تنفيذ الإلتزام المدني في تشريع مولان الصادر سنة ١٥٦٦، وقد استهدف المشرع الفرنسي من هذا القانون مراعاة مصلحة الدائن بصرف النظر عن الحرية الشخصية للمدين.

ولكن حد المشرع الفرنسي من نطاق الحبس في قانون سنة ١٦٦٧ فقصره على المعاملات التجارية وأجازه أيضاً بالنسبة للأجانب، وقد ابتغى المشرع الفرنسي من وراء هذا القانون الاهتمام بالثراء العام للدولة أكثر من الاهتمام بحرية الأفراد[٨].

وقد استمر تطبيق قانون سنة ١٦٦٧، طوال قرنين من الزمان، إلى أن أصدر

المشرع الفرنسي قانون ٢٢ يوليو سنة ١٨٦٧، فألغى الحبس بصورة تامة في المواد المدنية والتجارية وضد الأجانب[٩]، ولم يبقه إلا بالنسبة للمواد الجنائية[١٠]، بحيث يجوز حبس المحكوم عليه تنفيذاً للحكم الصادر بالغرامة (Amende)، أو الرد (Restitution)، أي رد الأشياء المتحصلة عن الجريمة الى المدعي بالحقوق المدنية، أو التعويضات (Commsgeś Intérêts) أو المصروفات (Frais) التي تحملها المدعي بالحقوق المدنية.

وقد نظم قانون الاجراءات الجنائية الفرنسي الجديد الإكراه البدني في المواد ٧٤٩ - ٧٦٢، ويعتبر الإكراه البدني مجرد وسيلة للتنفيذ الجبري تحصل بها الخزانة العامة المبالغ المستحقة لها[١١]، فقد يؤدي حبس المحكوم عليه إلى اظهار ما يخفيه من مال إذا لم يكن له مال ظاهر يمكن التنفيذ عليه[١٢]، ولا يجوز الحكم بالحبس الا ضد المتهم نفسه سواء كان فاعلاً أصلياً أو شريكاً على أساس أنه هو الذي ارتكب الجريمة أو ساهم في وقوعها، بينما لا يجوز الحكم بالإكراه البدني على المسئول عن الحقوق المدنية[١٣].

وعند وضع قانون الاجراءات الجنائية الفرنسي الجديد أغفل المشرع الفرنسي النص على اجازة الحبس لتحصيل التعويض المحكوم به للمدعي بالحقوق المدنية، اذ نص فقط في المادة ٧٤٩ من هذا القانون على جواز التنفيذ بطريق الإكراه البدني لتحصيل الغرامة والمصاريف وكافة المبالغ المستحقة للخزانة العامة، بينما كانت المادة ٥٢ من قانون العقوبات الفرنسي تنص على جواز تنفيذ الحكم بالغرامة والرد والتعويض والمصاريف عن طريق الإكراه البدني، وقد أثار ذلك جدلاً في الفقه والقضاء الفرنسيين[١٤]، حول ما اذا كان الحكم بالتعويض يجوز تنفيذه بطريق الإكراه البدني أعمالاً لنص المادة ٥٢ عقوبات، أم أن هذا النص قد تم الغاؤه ضمناً بنص المادة ٧٤٩ من قانون الاجراءات الجنائية الجديد، مما دفع المشرع الفرنسي الى التدخل لحسم هذا الخلاف فأصدر الأمر رقم ٥٢٩ في تاريخ ٤ يونيو سنة ١٩٦٠ (مادة ١٢)، وبمقتضى هذا الأمر ألغي نص المادة ٥٢ من قانون العقوبات، وبذا أصبح التشريع الفرنسي لا يجيز تنفيذ الحكم بالتعويض عن طريق الإكراه البدني، وأسدل الستار على ذلك الجدل الذي ثار في هذا الصدد.

ومما تقدم يتضح لنا ضيق نطاق الإكراه البدني في التشريع الفرنسي، واقتصاره على بعض المسائل الجنائية، وعدم مشروعيته في المواد المدنية والتجارية، بل لقد بالغ المشرع الفرنسي في تحريمه اذ منع التنفيذ على المال إذا كان لازماً لحياة الفرد واستمرار وجوده[١٥]، وبذا يكون المشرع الفرنسي قد راعى مصالح المدين، ولم يوق الفلسفة الفردية[١٦]، ومن مظاهر هذه الفلسفة الغاء الحبس في الديون المدنية والتجارية، وقد ساير القضاء الفرنسي هذا الإتجاه التشريعي واعتبر الحبس اجراء يتعارض مع النظام العام الفرنسي[١٧].

وقد انتقد لفيف من الفقهاء الفرنسيين اتجاه المشرع الفرنسي في الغاء الحبس، وفي مقدمتهم الفقيه جلاسون (Glasson)[١٨]، والفقيه سورديلا (Sourdillat)[١٩]، الذي يرى أن الغاء الحبس ينطوي على اخلال بمصالح الدائن وانه ينبغي تخويل القضاء سلطة حبس المدين لأنه الوسيلة الفعالة للتنفيذ، كما انتقد الفقيه هنري بتيت (Henri Petit)[٢٠]، الغاء المشرع الفرنسي للمادة ٥٢ عقوبات والتي كانت تنص على الحبس لتحصيل التعويضات المحكوم بها من المحاكم الجنائية، واقترح اعادة هذا النص مرة أخرى بعد أن لوحظ أن الغاءه أدى الى الإضرار بمصالح الأفراد، تحت اسم الاعتبارات الانسانية، لأن كثيراً من المدينين يخفون أموالهم دون أن يستطيع القضاء اتخاذ أي اجراء حيالهم، كما أدى الغاؤه إلى افساد الأخلاق لأنه لا شيء يفسدها أكثر من السماح للمذنب بأن يسخر من ضحيته ورغم هذه الانتقادات فإن المشرع الفرنسي لم يعدل عن اتجاهه ولم يوفر الحماية الكافية للدائنين من سوء نية المدينين ومماطلتهم.

المطلب الثاني

موقف القانون المصري من نظام حبس المدين

تأثر المشرع المصري بالقانون الفرنسي، فحرم الحبس في الديون المدنية والتجارية، ولكن اجازه في بعض المواد الشرعية والجنائية، وقد أيد بعض الفقهاء، في مصر، تحريم حبس المدين في الديون المدنية والتجارية[٢١]، وذلك لاعتبارات ثلاثة[٢٢].

الاعتبار الأول: وهو اعتبار قانوني، وأساسه ان الوفاء بما على الإنسان من التزامات يضمنه ماله لا شخصه، فالعلاقة بين الدائن والمدين في التشريع الحديث هي علاقة بين ذمتيهما الماليتين وليست بين شخصيهما، ولذلك إذا امتنع المدين عن الوفاء بالدين فإن الدائن ينفذ على أمواله فقط.

والاعتبار الثاني: اعتبار أدبي، وهو مبني على فكرة انسانية، أساسها أن التنفيذ على شخص المدين يتنافى مع كرامته الانسانية ويهدر آدميته.

والاعتبار الثالث: اعتبار اقتصادي، ومحصله أن حبس المدين يعطل نشاطه. مما يضر بمصلحة الدائن، ولو ترك المدين حراً يمارس نشاطه الاقتصادي، فانه قد يكتسب ما لا يستطيع الوفاء منه للمدين، وفي ذلك فائدة للدائن وخير له من حبس المدين.

بينما يؤيد البعض[٢٣] - بحق - حبس المدين في الديون المدنية والتجارية، على أساس ان حبس المدين المماطل وسيلة فعالة لتقدم المعاملات الاقتصادية، وان المدين الذي لا يوفـي بدينه يكون قد أهدر كرامته بنفسه ولذلك لا محل لاحترامه من دائنه، كما أنه من الناحية القانونية يعتبر الحبس وسيلة لإكراه المدين على الوفاء بالدين ولا عبرة بالقول بأن محل ضمان الدائن ذمة المدين لا شخصه، لأنه ينبغي الضغط على شخص المدين لتنفيذ ما التزم به والا أصبح ضمان الدائن رهن مشيئة المدين وإرادته،

كما ان الجزاءات المدنية التي صيغت منذ مئات السنين لم تعد تناسب العصر الحديث، ولذلك فان الجزاء الجنائي للقاعدة المدنية أصبح من الأمور المألوفة، ومن الناحية الاقتصادية، فإن القول (بأن حبس المدين يعطل نشاطه يصدق فقط بالنسبة للمدين غير القادر على الوفاء) وهذا لا يحبس، بينما المدين القادر على الوفاء وهو جدير بالحبس فان حبسه لن يضر الدائن لأنه قادر على الوفاء بالفعل، ولن يؤثر حبسه على قدرته على الوفاء، وقد أورد المشرع المصري حالات الحبس في المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، والمواد ٥١١ الى ٥٢٣ من قانون الاجراءات الجنائية، وسوف نلقي الضوء الآن على قواعد الحبس في التشريع المصري فيما يلي:

حالات الحبس:

رغم أن القاعدة في التشريع المصري هي مسئولية المدين في أمواله فقط، بمعنى عدم جواز حبس المدين المتقاعس عن تنفيذ التزامه، إلا أن المشرع المصري قد أجاز حبس المدين استثناء في حالتين على سبيل الحصر وهما:

الحالة الأولى: ديون النفقة وما في حكمها:

فقد نصت المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر بها المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١[٢٤]، على أنه «إذا امتنع المحكوم عليه عن تنفيذ الحكم الصادر في النفقات أو في أجرة الحضانة أو الرضاعة أو المسكن يرفع ذلك إلى المحكمة الجزئية التي أصدرت الحكم أو التي بدائرتها محل التنفيذ، ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بما حكم به وأمرته ولم يمتثل حكمت بحبسه، ولا يجوز أن تزيد مدة الحبس عن ثلاثين يوماً، أما إذا أدى المحكوم عليه ما حكم به أو أحضر كفيلاً فإنه يخلى سبيله، وهذا لا يمنع من تنفيذ الحكم بالطرق الاعتيادية».

وقد رأى المشرع المصري بهذا النص أن يلوح وعيداً للمدين بنفقة عله لا يتقاعس عن الوفاء بها، وان يضرب بشدة على اليد التي تستطيع أن تمتد لغوث فم زوجة أو قريب وتقصر دون مبرر[٢٥]، ومراعاة منه لظروف المحكوم له بالنفقة وما في حكمها من أجرة رضاعة أو حضانة أو مسكن، وحاجته الضرورية لهذه المبالغ فقد قرر حبس المدين بها، وقد تأثر في ذلك بأحكام الشريعة الإسلامية الغراء.

ويقصد بدين النفقة في حكم المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية دين النفقة الواجبة المقررة (Pension Alimentaire) وهي النفقة المفروضة بحكم الشرع متى تحقق سبب وجوبها، ولا يقصد به النفقة المؤقتة (Provision alimentaire) وهي النفقة التي يقررها القضاء لضرورة ملجئة تدور معها وجود او عدماً، وتكون جزءاً من حق في ذمة من يحكم عليه بالنفقة المؤقتة طالما أنه لم ينازع فيه منازعة جدية[٢٦]، وتقدر النفقة

الوقتية بأمر من القضاء، وهي مجرد إجراء وقتي، ويقصد به دفع ضرر محقق.

الحالة الثانية: المبالغ الناشئة عن الجريمة والمقضي بها للحكومة:

أجاز المشرع المصري حبس المدين لإكراهه على الوفاء بالمبالغ الناشئة عن الجريمة، والمقضي بها للحكومة ضد مرتكب الجريمة (مادة ٥١١ اجراءات جنائية). وتشمل الغرامات وما يجب رده والتعويض والمصاريف، ولا يبرىء الحبس ذمة المدين بهذه المبالغ، ولكن بالنسبة للغرامة المحكوم بها فإنها تستهلك بمقدار عشرة قروش عن كل يوم حبس فيه المحكوم عليه بهذه الغرامة.

كما أجاز حبس المحكوم عليه لتحصيل التعويضات المحكوم بها لغير الحكومة. فنص في المادة ٥١٩ من قانون الاجراءات الجنائية على أنه «إذا لم يقم المحكوم عليه بتنفيذ الحكم الصادر لغير الحكومة بالتعويضات بعد التنبيه عليه بالدفع، جاز لمحكمة الجنح التي بدائرتها محله، إذا ثبت لديها أنه قادر على الدفع وأمرته به فلم يمتثل، ان تحكم عليه بالاكراه البدني، ولا يجوز أن تزيد مدة هذا الإكراه على ثلاثة أشهر، ولا يخصم شيء من التعويض نظير الاكراه في هذه الحالة، وترفع الدعوى من المحكوم له بالطرق المعتادة، ويشترط لتنفيذ الحكم الصادر بالتعويض لغير الحكومة بطريق الإكراه البدني وفقاً للمادة السالفة الذكر، أن يكون الحكم بالتعويض صادراً من محكمة جنائية، أو أن يكون صادراً من محكمة مدنية اذا ما ثبت قيام الجريمة بحكم من المحكمة الجنائية[٢٨]، وأن يكون الحكم بالتعويض عن ضرر ناشىء مباشرة من الجريمة، وأن يكون المحكوم عليه قادراً على الدفع، ويلاحظ أنه بالنسبة للتعويضات المحكوم بها للحكومة يجوز التنفيذ بالإكراه البدني سواء كان المحكوم عليه قادراً على الدفع أم لا، ويكون التنفيذ في هذه الحالة بأمر يصدر من النيابة العامة على النموذج الذي يقرره وزير العدل، ويشرع فيه في أي وقت كان بعد اعلان المتهم وفقاً للمادة ٥٠٥ من قانون الاجراءات الجنائية، وبعد أن يكون قد أمضى جميع مدد العقوبات المقيدة للحرية المحكوم بها (مادة ٥١٦ اجراءات جنائية) ويتم التنفيذ بالإكراه البدني ضد المتهم شخصياً، ولا يجوز التنفيذ بالإكراه البدني ضد ورثة المتهم، لأن التعويض المحكوم به يعتبر ديناً على التركة، ولا يعتبر ديناً في ذمة الورثة ولما كانت القاعدة أنه لا تركة إلا بعد سداد الديون فان مبلغ التعويض يستوفى من مال التركة ذاتها، ولذا ينبغي فهم عبارة المحكوم عليه «الواردة بالمادة ٥١٩ من قانون الاجراءات الجنائية السالفة الذكر على أن المقصود بها هو المتهم[٢٩].

وطبقاً للمادة ٥١٢ من قانون الاجراءات الجنائية لا يجوز التنفيذ بطريق الإكراه البدني على المحكوم عليهم الذين لم يبلغوا من العمر خمس عشرة سنة كاملة وقت ارتكاب الجريمة، وقد استهدف المشرع من ذلك تجنيبهم مضار الحبس، كما لا يجوز

التنفيذ بطريق الإكراه البدني على المحكوم عليهم بعقوبة الحبس مع ايقاف التنفيذ، اذ رأى المشرع ان التنفيذ عليهم بالإكراه البدني يفوت الغرض المقصود من وقف تنفيذ عقوبة الحبس[٣٠]، واذا كان المحكوم عليه بالإكراه البدني مصاباً بمرض، يهدد بذاته أو بسبب التنفيذ حياته للخطر، فإنه يجوز تأجيل تنفيذ الإكراه البدني (مادة ٤٨٦، ٥١٣ اجراءات جنائية).

وإذا أصيب المحكوم عليه بالإكراه البدني بجنون، فانه يجب تأجيل التنفيذ حتى يبرأ، ويجوز للنيابة العامة أن تأمر بعرضه، في أحد المحال المعدة للأمراض العقلية، وفي هذه الحالة تستنزل المدة التي يقضيها في هذا المحل من مدة الإكراه البدني المحكوم بها (مادة ٤٨٧ و ٥١٣ اجراءات جنائية).

كما أنه إذا كانت المحكوم عليها بالإكراه البدني حبلى في الشهر السادس من الحمل، فانه يجوز تأجيل التنفيذ عليها حتى تضع حملها وتمضي مدة شهرين على الوضع، فإذا رؤي التنفيذ على المحكوم عليها أو ظهر في أثناء التنفيذ انها حبلى وجب معاملتها في السجن معاملة المحبوسين احتياطياً حتى تمضي المدة المقررة بالفقرة السابقة (مادة ٤٨٥ و٥١٣ اجراءات جنائية).

واذا كان محكوماً على الرجل وزوجته بالإكراه البدني، فإنه يجوز تاجيل التنفيذ على أحدهما حتى يفرج عن الآخر، وذلك إذا كانا يكفلان صغيراً لم يتجاوز خمس عشرة سنة كاملة، وكان لهما محل اقامة معروف بمقر (مادة ٤٨٨، ٥١٣ اجراءات جنائية)، كما لا يجوز تنفيذ الحكم بالتعويض بطريق الإكراه البدني بعد مضي المدة المقررة لسقوط العقوبة (مادة ٥٣٤ اجراءات جنائية)، وذلك حتى ولو كانت التعويضات المحكوم بها لم تسقط بعد مضي المدة المقررة في القانون المدني، كذلك فانه لا يجوز التنفيذ بالإكراه البدني ضد الأشخاص المعنوية لأن هذه الوسيلة لا تتلائم وطبيعة الشخص المعنوي، ومع ذلك يجوز التنفيذ بطريق الإكراه البدني ضد الأعضاء الطبيعيين المكونين للشخص المعنوي.

شروط الحبس في دين النفقة:

يجب لحبس المدين لإكراهه على الوفاء بدين النفقة أن تتوافر الشروط الآتية:

١ - أن يكون قد صدر لصالح الدائن حكم في نفقة واجبة، ويستوى في ذلك أن تكون نفقة زوجية أو عدة أو صغار أو أقارب، أو في أجرة مسكن حضانة، أو رضاعة، ويجب أن يكون هذا الحكم نهائياً[٣١]، سواء كان نهائياً بطبيعته أو بانقضاء ميعاد الاستئناف، ولا عبرة بكون الحكم مشمولاً بالنفاذ المعجل، لأن أحكام النفقة تكون دائماً مشمولة بالنفاذ المعجل طبقاً للمدة ٣٥٢ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، ومع ذلك لا يجوز تنفيذ الحكم الابتدائي المشمول بالنفاذ المعجل والصادر في النفقة عن طريق الحبس إلا

إذا أصبح نهائياً، ومن الممكن التنفيذ على أموال المحكوم عليه بمقتضى هذا الحكم الابتدائي بالطرق الأخرى التي أجازها المشرع، ولكن لا يجوز حبسه إلا بعد صيرورة الحكم نهائياً.

٢ ـ أن يثبت لدى المحكمة امتناع المحكوم عليه عن تنفيذ الحكم، وهذا الشرط يعني ضرورة اتخاذ اجراءات التنفيذ بالفعل قبل رفع الأمر إلى المحكمة الجزئية التي أصدرت الحكم أو الى المحكمة الجزئية التي بدائرتها محل التنفيذ، وهذا الشرط منصوص عليه في المادة ٣٤٧ من لائحة المحاكم الشرعية السالفة الذكر.

٣ ـ ألا يكون دين النفقة المحكوم بها قد سقط لسبب ينال من قوته، فإذا كان الدين قد سقط فإنه لا يجوز حبس المدين.

٤ ـ أن يثبت لدى المحكمة قدرة المحكوم عليه على القيام بما حكم به، اذ يجب لإعمال حكم المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أن يمتنع المحكوم عليه بدين النفقة عن تنفيذ الحكم الصادر بها مع قدرته على القيام بما حكم به، أما اذا كان المحكوم عليه معسراً فانه لا يجاب طلب الحبس، وتعد مسألة القدرة من المسائل الموضوعية التي يستقل بها قاضي الموضوع دون رقابة من محكمة النقض، ويقع عبء اثبات المقدرة على الوفاء على عاتق المحكوم له بالنفقة[٣٢].

٥ ـ أن تأمر المحكمة المحكوم عليه بالتنفيذ ولا يمتثل للأمر، فإذا كان حاضراً في الجلسة أمرته المحكمة في مواجهته، وان كان غائباً فان المحكمة تصدر أمراً بالأداء بعد التثبت من قدرته على الوفاء وتكلف المحكوم له باعلان هذا الأمر إليه بطرق الاعلان المقررة، ويلاحظ أنه يمكن للمحكوم عليه أن يتفادى الحبس حتى بعد صدور الحكم به، بأن يؤدى المبلغ المحكوم به كله أو يحضر كفيلاً مقتدراً يرضاه المحكوم له يكفله في الدين، ولكن لا يجوز حبس الكفيل لأنه كفيل بالمال، فيقتصر الحبس لدين النفقة على الشخص المحكوم عليه بالنفقة دون من يكفله.

مدة الحبس وأثره:

طبقاً للمادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لا يجوز أن تزيد مدة حبس المدين بالنفقة عن ثلاثين يوماً، وإذا أوفى المحكوم عليه بالدين اثناء مدة الحبس أو أحضر كفيلاً مقتدراً فانه يخلى سبيله، ولا يجوز أن يتكرر الحبس في الدين الواحد الحاصل التنفيذ من أجله.

وينبغي ملاحظة أن الحكم الصادر بالحبس لدين النفقة غير قابل للاستئناف[٣٣]، ولا يعتبر هذا الحكم صادراً بعقوبة أي بجزاء جنائي، وانما يعتبر الحبس وسيلة لتنفيذ الدين، فهو إكراه بدني لا يحمل معنى العقوبة، ولا يؤدي حبس المحكوم عليه إلى ابراء ذمته من النفقة التي حكم بحبسه من أجلها، وإنما يظل للدائن الحق في التنفيذ على أمواله بجميع الطرق المقررة قانوناً.

المبحث الرابع

التنفيذ على شخص المدين في الفقه الإسلامي

لمحة عن طبيعة الالتزام وأنواع الحبس بسببه في الفقه الإسلامي:

لم يهتم فقهاء الشريعة الغراء القدامى، ببيان طبيعة الالتزام، ولكننا نجد خلافاً حول هذه الطبيعة بين بعض الشراح المحدثين، فقد ذهب رأي إلى أن فكرة الالتزام تصطبغ بصبغة مادية بحتة[٣٤]، فهي علاقة مالية محضة بمال المدين أكثر منها علاقة شخصية بين الدائن والمدين، ودليل هذا الرأي تسامح الشريعة مع المدين المعسر وعدم جواز حبسه، وان حبس المدين الموسر لا أثر له على الطابع المادي للالتزام، اذ ان حبس المدين الموسر لا يتم عن طريق الدائن نفسه كما كان ذلك لدى الرومان، بل يتم الحبس عن طريق الحاكم بناء على طلب الدائن، فاذا كانت الشريعة لم تسمح للمدين أن يتعنت فإنها لم تسمح أيضاً للدائن بأن يكون له سلطان على حرية المدين الشخصية، وما الحبس الا ضمان في يد الدائن ضد مدينه المماطل القادر على الوفاء، فهو تدبير اقتضته الضرورة ولا يجرد الالتزام من طابعه المادي البحت.

ووفقاً لهذا الرأي فان هناك بعض المواطن التي تبرز فيها الصبغة المادية للالتزام في الفقه الإسلامي، ومن ذلك اقرار الفقه الإسلامي لحوالة الحق أي انتقال الالتزام من ناحيته الايجابية واقراره أيضاً لحوالة الدين أي انتقال الالتزام من ناحيته السلبية، هذا الانتقال يعتبر أثراً من آثار النزعة الموضوعية في الفقه الإسلامي ويتناقض مع المذهب الشخصي الذي يقتضي منطقه عدم تغيير طرفي رابطة الالتزام.

ومن هذه المواطن أيضاً تحليل الفقه الإسلامي للالتزام بالدين إلى عنصرين: الدين ذاته، والمطالبة به، وهما عنصران متلازمان في الأصل بيد أنهما قد ينفك أحدهما عن الآخر حيناً، ويتعرض الفقه لهذا التحليل بمناسبة الحديث عن الكفالة والحوالة وتأجيل الدين، فالكفالة هي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة فقط لا في الدين ذاته، والحوالة تنقل التزام أداء الدين من ذمة إلى ذمة، وتأجيل الدين يحول دون المطالبة قبل حلول الأجل رغم قيام الدين ذاته، وتبرز الصبغة المادية للالتزام وفقاً لهذا الرأي أيضاً في امكانية عدم وجود ملتزم له معين عند نشوء الالتزام. ومثال ذلك جواز الوعد بجائزة لمن يعثر على شيء مفقود للواعد، ولو لم يكن الخطاب موجهاإلى هذا الشخص الذي عثر على الشيء المفقود.

بينما ذهب رأي آخر إلى أن موقف التشريع الإسلامي من الاتجاهدين الشخصي والمادي هو الاعتدال[٣٥]، فالصبغة المادية هي الصبغة الغالبة في طبيعة الالتزام، ولكن لا يعني ذلك اهمال الفكرة الشخصية التي تبقى ضماناً في وجه المدينين المماطلين، أي أن

طبيعة الالتزام هي مزيج من الصبغة المادية والصبغة الشخصية، وان كان يغلب على هذه الطبيعة الطابع المادي.

وينتقد أنصار هذا الرأي الأخير الرأي القائل بأن فكرة الالتزام تصطبغ بصبغة مادية بحتة على أساس ان فيه تكلف زائد في ايجاد نوع من المقابلة والموازنة بين واقعية فقه الشريعة الاسلامية وبين النظريات القانونية الحديثة، وانه يخرج بالفقه الإسلامي عن طابعه العملي الهادف الى استخلاص الحق بالسبل المعقولة والمشروعة من المدين ورده الى الدائن، ويؤدى به إلى الدخول في تقسيمات النظرية المادية التي نادى بها الفقه الألماني والقائمة على تحليل فكرة الالتزام إلى عنصرين هما: عنصر المديونية الذي بمقتضاه يقوم المدين بأداء معين، وعنصر المسئولية الذي خول الدائن سلطة اجبار المدين على الوفاء بالأداء، إذا لم يوف اختياراً ويقع هذا الاستيفاء الجبري للأداء على مال المدين دون شخصه، اذ حاول القائلون بذلك الرأي مجاراة هذه النظرية بتحليل الالتزام بالدين في الفقه الإسلامي الى عنصرين أيضاً هما: عنصر الدين ذاته وعنصر المطالبة به كما أسلفنا.

وأنواع الحبس بسبب الدين في الفقه الإسلامي بصفة عامة ثلاثة، النوع الأول: حبس تلوم واختبار في حق المدين المجهول الحال، اذ للقاضي أن يحبس المدين الذي لا تعرف عسرته من يسرته بقدر ما يستبرأ أمره ويكشف عنحالته المالية، والنوع الثاني: حبس تضييق وتنكيل في حق المدين القادر على الأداء والذي يدعي العدم ثم يتبين انه كاذب في ادعائه، والنوع الثالث: حبس تعزير وتأديب في حق المدين المماطل المتهم باخفاء ماله، اذ يحبس حتى يقوم بالوفاء أو يثبت فقره وعدم قدرته على الوفاء.

مشروعية حبس المدين في الدين:

منعت المذاهب الاسلامية جميعاً حبس المدين الفقير المعدم الذي لا مال له، لأن الحبس شرع للتوصل الى أداء الدين لا لعينه[٣٦]، فهو ليس غاية في ذاته وانما وسيلة لاكراه المدين المماطل على دفع الدين، ولذلك لا فائدة من اكراه المدين الفقير، وفي ذلك أعمال لقول الله عز وجل: ﴿وان كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾[٣٧]، ولقول الرسول الكريم ـ صلى الله عله وسلم ـ، لغرماء المدين الذي كثر دينه، «خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك»[٣٨].

أما المدين الموسر القادر على الوفاء فقد اجاز فقهاء المسلمين حبسه إذا ما تقاعس عن أداء الدين، وسوف نوضح موقف كل مذهب من المذاهب الإسلامية فيما يلي:

أولا، المذهب الحنفي:

أجاز الإمام أبو حنيفة حبس المدين[٣٩]، إذا ثبت للقاضي دين الدائن ويسار المدين وتأخره عن الوفاء، ويكون الحبس بناء على طلب الدائن، كما يجوز للقاضي حبس

المدين بناء على طلب الغرماء إذا اشتبه عليه أمره للوقوف على حاله والتأكد من يساره أو اعساره، فان اتضح للقاضي انه موسر ولم يقم بالوفاء فانه يحبسه أبداً إلى أن يقضي دينه، وان اتضح انه معسر فانه يخلي سبيله.

ثانياً: المذهب المالكي:

الأصل عند الإمام مالك انه لا يجوز حبس المدين اذا كان له مال وأمكن للحاكم استيفاء الدين منه[٤٠]، ولكن يجوز حبس من أشكل أمره في العسر واليسر اختباراً لحاله فإذا ظهر ماله حكم عليه بموجبه عسراً أو يسراً، فإذا تبين للقاضي أن المدين يملك مالاً يكفي للوفاء بديونه فانه يخلى سبيله لأن في حبسه استمرار ظلمه وظلم غرمائه بتأخير الوفاء بديونهم، ولكنه يستوفي من ماله ما يكفي للوفاء بديونه، وإذا تبين له اعساره فإنه يطلق سراحه أيضاً حتى يتمكن من الارتزاق، ولكن لا يجوز حبس الوالدين في دين الابن[٤١].

ثالثاً: المذهب الشافعي:

يرى الإمام الشافعي أنه يجب التضييق على المدين المماطل بالحبس متى كان معروفاً بالمال[٤٢]، وذلك في حال ما اذا كان المال ظاهراً معداً وقت قيام الدائنين بمطالبته بديونهم واثباتهم للمديونية، ثم أخفاه بعد ذلك ولم يظهره من غير أن يوضح سبباً معقولاً لاختفاء المال.

فوفقاً لمذهب الإمام الشافعي يكون حبس المدين المتهم بإخفاء ماله حبس تلوم واختبار، الهدف منه استكشاف أمر المدين، ولكن لا يمكث المدين في الحبس الا بقدر ما يعرف حاله من يسر أو عسر، فإذا كان معسراً فإنه ينظر الى الميسرة واذا كان موسراً فانه يجبره على الوفاء بالحجر عليه وبيع ماله، ففي الحالتين يطلق سراحه ولا يخلد في الحبس.

رابعاً: المذهب الحنبلي:

ان الاتجاه الغالب في الفقه الحنبلي يرى جواز حبس المدين القادر المماطل، بل انه اذا امتنع المدين الموسر عن الوفاء بالدين فانه يجوز للدائن ملازمته ومطالبته والاغلاظ عليه بالقول فضلاً عن الحبس، لقول الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ: «مطل الغني ظلم» ولقوله: «ليَّ الواجد يحل عرضه وعقوبته». ولقوله: «ان لصاحب الحق مقالاً»[٤٤].

ولكن أنكر البعض في فقه المذهب الحنبلي مشروعية الحبس في الديون على أساس أنه من الأمور المحدثة[٤٥]، كما روى عن عمر بن عبدالعزيز انه لم يكن يسجن في

الدين، وكان يفضل أن يذهب المدين فيسعى في دينه عن أن يحبس، وانما حقوق الدائنين في مواضعها التي وضعوها منها، صادفت عدماً أو ملاءاً، بمعنى أنها في الذمة[٤٦]. وبهذا القول قال عبدالله بن جعفر والليث بن سعد:[٤٧]، ومن هذا الرأي أيضاً ابن حزم الظاهري[٤٨].

شروط حبس المدين في الفقه الإسلامي:

هناك شروط معينة يجب توافرها حتى يمكن حبس المدين في الدين[٤٩]، وهذه الشروط هي:

١ ـ يجب أن يكون المدين قادراً على الوفاء بالدين، فإذا كان معسراً فانه لا يحبس لقوله تعالى: ﴿وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة﴾[٥٠]، ولأن الحبس شرع للتوصل للوفاء بالدين ولم يشرع لذاته كما سبق ان ذكرنا.

٢ ـ كما يشترط مطل المدين، أي تأخيره قضاء الدين، لقول الرسول الكريم ـ صلى الله عليه وسلم ـ: «مطل الغني ظلم[٥١] أي مدة المديونية ونكوسه عن السداد في الأجل، فالمطل يعني الامتناع عن الوفاء بالرغم من مطالبة الدائن لثلاث مرات أو أكثر على الأرجح[٥٢]. وامتناع المدين عن قضاء الدين مع الغني واليسار ظلم، والظالم يحبس[٥٣] دفعاً لظلمه.

ولقول الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ: «ليّ الواجد يحل عرضه وعقوبته»[٥٤] ومعنى الليّ (بفتح اللام) المطل (الواجد) الغني أي الذي يجد ما يؤدي، و(عرضه) (بفتح العين) أي شكايته فالعرض الشكوى، و(عقوبته) أي الحبس، اذ معنى هذا الحديث ان مطل المدين القادر على السداد يحل للدائن شكواه الى الحاكم ليعاقبه بالحبس.

٣ ـ ويشترط أن يكون الدين حالاً، اذ لا يجوز الحبس في الدين المؤجل، لأن الحبس شرع لدفع الظلم المتحقق بتأخير قضاء الدين، فإذا كان الدائن قد اخر اقتضاء حقه بالتأجيل فلا يكون هناك ظلم ولا مبرر للحبس.

٤ ـ كما يجب أن يطلب الدائن حبس مدينه، فما لم يطلب الدائن حبس مدينه فان القاضي لا يحبسه، لأن الحبس وسيلة لاقتضاء حق الدائن، وحق المرء انما يطلب بطلبه، ولذا لا يجوز للقاضي أن يحكم بحبس المدين من تلقاء نفسه دون ما طلب من دائنه.

٥ ـ كذلك يشترط ألا يكون المدين أحد أصول الدائن، فلا يجوز حبس الوالد ولا الوالدة، ولا الجد ولا الجدة في دين لاؤلادهم أو احفادهم، وعلة ذلك ان الحبس لهؤلاء ليس من الاحسان والمصاحبة في الدنيا[٥٥]، بالمعروف المأمور بهما بالنسبة للوالدين في قوله تعالى: ﴿وبالوالدين احساناً﴾، وقوله تعالى: ﴿وصاحبهما في الدنيا معروفاً﴾[٥٦]،

ولكن اذا امتنع الوالد أو الوالدة عن الانفاق على ولده الذي وجبت عليه نفقته فانه يحبس تعزيزاً لا حبساً في نظير الدين، بينما يحبس الولد بدين أي من والديه، وكذلك ديون سائر الأقارب أياً كان الدائن أو المدين، كما يستوى في الحبس في الدين الرجل والمرأة لأن موجب الحبس لا يختلف بالذكورة والأنوثة(٥٧).

ويلاحظ أنه لا يجوز حبس وارث المدين لدين على مورثه، لأنه لا تركة إلا بعد سداد الدين، ولا يستقر الدين في ذمة الوارث في الشريعة الاسلامية، حتى يمكن القول بحبسه لهذا الدين(٥٨).

الديون التي يجوز اقتضاؤها بطريق الحبس:

الحبس كوسيلة لاكراه المدين على الوفاء جائز في كل دين، ما دام هذا الدين قد ثبت في ذمة المدين باقراره أو ببينة اقامها الدائن أو بنكول المدين عن اليمين التي وجهت إليه في أصل هذا الحق(٥٩)، ولا عبرة بمقدار الدين، اذ يجوز الحبس لأجل الوفاء بأي دين مهما قل(٦٠)، ويرى البعض(٦١) ان الغرامات الجنائية تعتبر ديناً يحبس فيه المحكوم عليه، لأن الحبس في الفقه الإسلامي يكون لكل دين لزم في ذمة المدين وحل أجله والغرامات تصبح بمجرد الحكم النهائي بها ديناً في ذمة المحكوم عليه، ولذا يمكن أن تطبق في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية في حبس المدين، ولا ينبغي أن يحتج على ذلك بأن الغرامة عقوبة لأن ذلك لا يتنافى مع استقرارها بالحكم ديناً في الذمة، فاذا تقاعس المحكوم عليه عن الوفاء به مع يساره فانه يجوز حبسه لإكراهه على الوفاء.

اثبات يسار المدين أو اعساره:

سبق أن ذكرنا ان يسار المدين شرط أساسي لحبسه إذا ما تقاعس عن الوفاء، وان المدين المعسر لا يجوز حبسه، والآن سوف نوضح من يقع عليه عبء اثبات اليسار أو الاعسار، ووقت سماع بينة الاعسار.

لم يتفق الفقهاء على تحديد من يقع عليه عبء اثبات اليسار أو الاعسار فقال البعض(٦٢)، انه اذا ثبت الحق عند القاضي وطلب الدائن حبس المدين وأمره القاضي بدفع ما عليه فإن امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلاً عن مال حصل في يده كثمن المبيع، أو التزامه بعقد كالكفالة والمهر، لأن اقدامه على ابرام العقد يدل على أنه التزم باختياره(٦٣)، مما يدل على يساره، ولذلك يقع عليه عبء اثبات الاعسار.

أما في غير هذا النوع من الديون، فإذا قال المدين للقاضي اني فقير، لا يحبسه القاضي الا إذا أثبت الدائن ان له مالاً، وهذا يعني ان القول قول المدين في اليسار والاعسار في هذا النوع، وبذلك يكون عبء اثبات اليسار على الدائن(٦٤)، واذا ثبت عسر المدين فانه لا يجوز حبسه بعد ذلك حتى يثبت الدائن يساره(٦٥)، بينما ذهب

البعض[٦٦]، إلى أن الأصل في الانسان هو الفقر، لأن كل انسان يولد ولا مال له، وان المدين يتمسك بهذا الأصل، فالقول قوله مع يمينه ولا يحبس ولذلك فان بينة الاعسار تكون مقدمة على بينة اليسار، وعلى الدائن عبء اثبات يسار مدينه، وذهب رأي آخر إلى أن المدين محمول على اليسار من غير اعتبار بماله ولا بالسبب الموجب للدين[٦٧] لأنه على الرغم من أن الأصل في الانسان عدم الغني وان البينة لا تأتي على النفي، إلا أن هذا الاصل قد انتسخ بالمعهود عن الناس لأنهم يتكسبون المال في الغالب، وهذا يعني أن بينة اليسار تقدم على بينة الاعسار[٦٨]، وعلى المدين عبء اثبات اعساره.

كما اختلف الفقه الإسلامي أيضاً بشأن وقت سماع بينة الاعسار التي يقيمها المدين الذي يدعيه ولم تعرف حاله، وهل تسمع قبل الحبس أو بعده؟ ويمكن حصر هذا الخلاف في ثلاثة آراء:

أما الرأي الأول: يذهب أنصاره[٦٩] إلى أن بينة الاعسار تسمع من المدين قبل الحبس، فوفقاً لهذا الرأي يجب على القاضي ألا يعجل حبس المدين قبل أن يسمع ما لديه من أدلة على عسرته ويسمع رد الدائنين عليه وما عندهم من أدلة تثبت انه موسر، وذلك لأن حبسه بعد قيام بينة الاعسار ظلم له.

أما الرأي الثاني: فيذهب القائلون به[٧٠]، **إلى أن بينة الاعسار تسمع بعد الحبس** لأن الأصل في المدين اليسار، ولم يرو عن السلف انه طالب من ثبت له حق على غريمه باقامة البينة على أنه موسر، ولذلك يجوز حبس المدين بمجرد ثبوت المديونية دون حاجة لاثبات يسار المدين، بل على المدين بعد حبسه أن يثبت اعساره.

بينما وفقاً **لرأي ثالث** في الفقه الإسلامي[٧١]، فإن بينة الاعسار تسمع من المدين قبل الحبس في بعض الأحوال دون البعض الآخر، اذ يجب على القاضي - طبقاً لهذا الرأي - ان يحبس المدين حتى ولو ادعى الاعسار، وذلك بناء على طلب من دائنيه في كل دين لزمه عوضاً عن مال حصل في يده كثمن مبيع وبدل قرض، أو متى عرف له مال سابق وكان الغالب على الرأي انه لا زال باقياً عنده، وعلى المدين أن يثبت بعد ذلك انه معسر، فاذا اثبت المدين بالبينة اعساره فان القاضي يخلي سبيله من الحبس، أما اذا لم يثبت اعساره فانه يستمر محبوساً، وأساس ذلك بقاء أصل مال الدين، أو العوض الذي كان قد قبضه في ملكه لم يخرج من يده[٧٢]، مما يدل على يسار المدين في هذه الأحوال.

أما اذا كان الدين عن غير عوض مالي، كالاتلاف وإرش الجناية ونفقة الأقارب، فإنه وفقاً لهذا الرأي فان بينة الاعسار تسمع قبل الحبس، اذ لا يحبس القاضي المدين بسبب هذا الدين فور طلب دائنيه ذلك وانما يستكشف حاله من حيث اليسر أو العسر، واساس ذلك انه لا دليل على يسار المدين في هذه الأحوال، اذ لا توجد مبادلة هنا، كما أن المدين في مثل هذه الديون لم يلتزم بها باختياره.

مدة حبس المدين:

لا يوجد نص شرعي بتقدير مدة معينة لحبس المدين في الدين[٧٣]، وقد ذهب البعض إلى أن تقدير المدة مفوض الى القاضي[٧٤]، أي أنه يخضع للسلطة التقديرية للقاضي، ويختلف تقدير المدة باختلاف الشخص والزمان والمكان والمال، وهناك روايات عديدة في الفقه الحنفي عن مدة الحبس[٧٥]، فقد روى عن الإمام أبي حنيفة ان الحبس شهران أو ثلاثة، كما قيل ان مدة الحبس لا تقل عن شهر ولا غاية لأقصى المدة، كما روى عن أبي حنيفة أنها أربعة أشهر إلى ستة، كما روى ان تقدير المدة مفوض إلى القاضي لاختلاف أحوال الأشخاص كما يرى البعض[٧٦]، ان من تقعد على أموال الناس وادعى العدم، فتبين كذبه يحبس أبداً حتى يؤدى أموال الناس أو يموت في السجن، وان حبس المدين المجهول الحال حبس تلوم واختبار يكون بقدر ما يستبرأ أمره، ويكشف عن حاله وذلك يختلف باختلاف الدين، فالمدين في الدريهمات اليسيرة يحبس قدر نصف شهر، وفي الكثير من المال قدر أربعة أشهر، وفي المتوسط منه شهرين.

وروى عن الإمام مالك[٧٧]، انه ليس لحبس من تقعد على أموال الناس وادعى العدم حد، فهو يحبس أبداً حتى يوفى الناس حقوقهم، أو يتبين للقاضي انه لا مال له، فإذا تبين للقاضي أنه لا مال له فإنه يخلى سبيله.

ويرجح البعض[٧٨]، عدم تحديد مدة الحبس مقدماً، بحيث يختلف طولاً وقصراً تبعاً لكل حالة، ويمتد بالنسبة للمدين الذي عنده مال واخفاه حتى يقوم بوفاء الدين لدائنه.

أثر حبس المدين:

لا يؤدى حبس المدين إلى اسقاط الدين الذي حبس من أجله، وهذا أمر متفق عليه في جميع المذاهب التي اجازت الحبس[٧٩]، فالحبس إجراء زجري لا يبرأ ذمة المدين من الدين[٨٠]، ومهما طال الحبس فإن ذمة المدين المحبوس لا تبرأ من الدين أو أي جزء من أجزائه[٨١]، وبل تبقى ذمته مشغولة به، لا يبرئه إلا الوفاء بالدين، وما الحبس إلا وسيلة للضغط على ارادة المدين المماطل لإكراهه على الوفاء بحقوق دائنيه.

خاتمـــة

اتضح لنا مما تقدم نظام التنفيذ على شخص المدين بحبسه لإرغامه على الوفاء بالدين، وهذا النظام جدير بالتأييد من جانبنا لأنه يمثل علاجاً ناجحاً لمشكلة بطء اجراءات التنفيذ وعدم فاعليتها والتي أشرنا إليها في مقدمة هذا البحث، واذا قيل ان محل ضمان الدائن ذمة المدين لا شخصه، وان العلاقة بين الدائن والمدين هي علاقة بين ذمتين وليست علاقة بين شخصين، فإن هذا القول مردود لأن الحبس مجرد وسيلة خارجية عن مضمون الالتزام ذاته، فهو وسيلة لتنفيذ الإلتزام وليس من مكونات الإلتزام، والهدف من هذه الوسيلة حمل المدين على الوفاء وردعه عن المطل، وليس من المنطقي أن يكون ضمان الدائن رهن ارادة المدين ومشيئته خاصة في مجتمع شاع فيه المطل والعنت من قبل جمهور المدينين، كما أن هناك كثيراً من التشريعات تنص على جزاء جنائي للقاعدة المدنية، كما هو الحال في تشريعات الاسكان والتشريعات العمالية والتأمينات وهذا لضرورات عملية أدت إلى ذلك، مع ملاحظة ان حبس المدين ليس عقوبة جنائية بالمعنى الصحيح، وانما هو وسيلة ارغام واكراه للمدين كي يوفي بالدين متى كان قادراً على الوفاء وامتنع عنتاً وظلماً.

ولا شك في أن نظام التنفيذ على شخص المدين بحبسه يؤدي الى تقدم المعاملات الاقتصادية، لأنه يمنع المدين من التقاعس عن الوفاء بالدين ويدفعه إلى سداد الدين خشية الحبس، طالما ان مديونيته قد ثبتت على وجه اليقين، وبذلك لن يتردد الدائن في منح الائتمان لمدينه، مما يؤدي إلى سهولة التعامل وازدهار الاقتصاد في الدولة.

وليس صحيحاً ان حبس المدين يقعده عن العمل ويحوله عالة على المجتمع، لأنه لن يحبس إلا المدين الموسر القادر على الوفاء بالفعل، أما المدين المعسر فانه لا يحبس، بل بامكانه أن يعمل لأجل الوفاء بالدين من ثمرات عمله والواقع انه لا ينبغي تصوير الدائن دائماً بأنه رجل ثري يتسلط على رجل مسكين، لأن هناك كثيراً من الدائنين في حاجة إلى ديونهم أكثر من المدينين[٨٢].

وليس صحيحاً أيضاً ان حبس المدين يهدر آدميته وكرامته، لأن تنفيذ القانون لا شأن له بذلك، وينبغي على المدين أن يوف بتعهداته، فإذا لم يحترم تعهداته وسخر بالقانون، فانه ينبغي أن يتحمل مغبة ذلك، بل من مصلحة المجتمع حبس المدين الموسر المماطل، حتى تسود فضيلة الوفاء بالتعهدات لدى الأفراد، وتنتظم المعاملات.

كما ان حبس المدين لا يتعارض مع مبدأ الحرية الشخصية[٨٣]، لأن الحرية الشخصية وان كانت حقاً طبيعياً ومصونة لا تمس، إلا أنها ليست حقاً مطلقاً لا ترد عليه القيود، ولم يعرف الإنسان الحرية المطلقة إلا عندما كان يعيش فرداً في العصور الأولى، ولو

أطلقت الحرية دون قيد لسادت الفوضى، واختل النظام وارتد المجتمع الى عصر الغابة، ولذا فانه إذا اقتضت مصلحة المجتمع فرض قيود وحدود عليها وجب ذلك، كما هو الحال بالنسبة للمدين المتمرد عن الوفاء بحقوق دائنيه، فان مصلحة المجتمع تقتضي حبسه، حتى تنتظم المعاملات المدنية.

ومن الناحية العملية أثبتت وسيلة الحبس نجاحها وفاعليتها في ايصال الحقوق لأربابها، وذلك في الدول التي تجيز تشريعاتها هذه الوسيلة، وفي مصر أيضاً بالنسبة للحالات الاستثنائية التي أجاز المشرع المصري الحبس فيها والتي اوضحناها فيما مضى، فقد دلت التجربة على أنه في الغالب الأعم يسرع المدين الى الوفاء بالدين تفادياً لحبسه.

ولذلك فاننا نهيب بالمشرع المصري أن يأخذ بنظام حبس المدين في كافة الديون المدنية والتجارية(٨٤)، وأن ينص على قواعد واجراءات هذا النظام في قانون المرافعات، بأن يخول قاضي التنفيذ سلطة اصدار الحكم بحبس المدين الموسر المماطل، الذي يمتنع عن الوفاء رغم يساره، ولا ينبغي منح الاختصاص باصدار هذا الحكم للقاضي الجنائي، لأن الحبس هنا ليس عقوبة جنائية، وانما مجرد وسيلة لاكراه المدين على الوفاء كما أسلفنا.

ونقترح على المشرع الظبياني أن يعفى من الحبس المدين الذي يبلغ عمره ستين عاماً مراعاة لشيخوخته، وأيضاً المرأة الحامل مراعاة لظروفها الصحية، وكذلك المدين الذي يقدم كفالة مصرفية كافية، أو كفيلاً مقتدراً يقبله قاضي التنفيذ، كما ينبغي النص صراحة في القانون الظبياني على اعفاء المدين من الحبس إذا كان له أولاد لم يبلغوا سن الرشد وكان زوجه متوفى أو محبوساً لأي سبب آخر وذلك رعاية للأبناء، والا يحبس المدين اذا كان زوجاً للدائن أو من أصوله أو فروعه ما لم يكن الدين نفقة مقررة، وذلك محافظة على الروابط العائلية.

تم بحمد الله تعالى وتوفيقه.

الهوامش :

(١) أنظر تفصيلات ذلك في: Roger Perrot: Cours de voies d'exécution - 1975 - P. 5. - Keller (F.I.De): De La procedure civile et des actions chez les Romains Traduit par Charles Capmas Paris. 1870. P.P. 393 et suiv.

- الدكتور صوفي أبو طالب - القانون الروماني طبعة سنة ١٩٦٥ ص ٥٤ وما بعدها.
- الدكتور عمر ممدوح مصطفى - القانون الروماني سنة ١٩٥٤ الجزء الثاني ص ٦، ٧.
- الدكتور محمد عبدالمنعم بدر والدكتور عبدالمنعم البدراوي - مبادىء القانون الروماني طبعة سنة ١٩٥٤ بند ٥٤٨ ص ٤٧٣، ص ٤٧٤.
- الدكتور محمود سلام زناتي - نظم القانون الروماني طبعة سنة ١٩٦٦ ص ١٢١.

(٢) عدلت هذه المادة بمقتضى القانون الصادر من سمو حاكم إمارة أبوظبي في ١٩٨٥/١٠/١٤.

(٣) تم اعداد هذا المشروع بمعرفة اللجنة العليا للتشريعات الإسلامية بوزارة العدل والشئون الإسلامية والأوقاف سنة ١٩٨٠، وللآن لم يصدر قانون اتحادي ينظم الاجراءات أمام المحاكم المدنية.

(٤) المذكرة الايضاحية لمشروع قانون الاجراءات أمام المحاكم المدنية فيما يتعلق بالمدة ٣١٩ منه.

(٥) الدكتور محمد عبدالخالق عمر - التنفيذ الجبري - ملخص محاضرات على الآلة الكاتبة - سنة ١٩٨٠ ص ١٥٢.

(٦) المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الاجراءات أمام المحاكم المدنية في دولة الإمارات العربية المتحدة في شأن المادة ٣٢٢.

(٧) الدكتور فتحي والي - التنفيذ الجبري في القانون الكويتي - الطبعة الأولى سنة ١٩٧٨ بند ٢٩٩ ص ٣٤٧.

(٨) E. Glasson, René Morel, Albert Tissier: Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure Civille - 1932 - 3éme éd. T. 4n. 1422 - P. 797.

(٩) أنظر: هذا القانون المنشور في مجموعة داللوز الدوري سنة ١٨٦٧ جـ ٤ ص ٥٧.

(١٠) Jean Vincent: Voies d'exécution et procédures de distribution, treizième édition - précis Dalloz 1978 - n. 1 - P. 1.

(١١) أنظر: حكم محكمة النقض الفرنسية - الدائرة الجنائية - الصادر في ١٩٦٠/٦/٣٠ والمنشور في داللوز ١٩٦٠ - ٧٠٦، وأيضاً حكم محكمة استئناف باريس، الصادر في ١٩٤٦/١٠/٢٨ المنشور في داللوز ١٩٤٧ - ٢٣.

(١٢) L. de Naurois: Les Condenmantions garanties par la contrainte par Corps - rev. sc. crim. 1939 n. Lp. 649.

(١٣) أنظر في ذلك: Henri Lalou: Traité pratique de ld responsabilité civile - 5e éd. 1955 n. 59 P. 35.

- R. Garraud: Traité théorique et pratique de droit penal iran ais, 3e éd. 1914 T. II. 708 P. 519.

- Robert Marx: La Justice pénale et les perssonnes civilement responsables du Fait d'autrui Paris 1935 - P. 207.

- Pierre Bouyet et Jean Pinatel: Taité de droit pénal et de criminelogie - Paris 1963 T.II P. 1108.

(١٤) أنظر في ذلك: Henri - PETIE: Faut - il retablir la contrainte par corps ou profit des parties civiles - R. Dalloz - Sirey - 1964 chronique V. III - P.P. 47 - 48.

- Antonin Besson: Panorama des reformes pénales Dalloz 1960 - chron. P. 162.

- Alec Mellone: La Contrainte pa corps au profit des parties civiles est - elle abrogée? - Gaz. Pal. 6 mars 1959

- Alfred Légal: Chronique de junisprudence - Rev - Sc. crim. 1960 - P. 273.

(١٥) فنسان ـ المرجع السابق ـ بند ١ ص ١ .

(١٦) الدكتور عزمي عبدالفتاح ـ نظام قاضي التنفيذ ـ رسالة للدكتوراه ص ٦٣٣ .

(١٧) حكم محكمة الاستئناف كولمار الصادر في ١٩٢١/١٠/٣ والمشار إليه في: جلاسون ـ المرجع السابق ص ٧٩٩ هامش رقم ٢ .

(١٨) جلاسون ـ المرجع السابق ـ بند ١٤٢٠ وما بعده ـ ص ٧٩٣ وما بعدها .

(١٩) Michel Sourdillat: Le controle juridietionnel des voies d'execution thése pour le doctorat-Paris 1937 - P/139.

(٢٠) هنري بتيت ـ المقال السابق ـ ص ٤٧، ص ٤٨ .

(٢١) الدكتور رمزي سيف ـ قواعد تنفيذ الأحكام والمحررات الموثقة ـ الطبعة التاسعة سنة ١٩٦٩ ـ بند ٦ ص ١٠، ١١، الدكتور عبدالرزاق السنهوري ـ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد سنة ١٩٥٦ ـ الجزء الثاني بند ٤٤٢ ـ ٤٤٣ ص ٨٠٠، ص ٨٠٢، الدكتور فتحي والي ـ التنفيذ الجبري ـ طبعة سنة ١٩٨٠ بند ٤ ص ٧، الدكتورة أمينة النمر ـ قوانين المرافعات ـ سنة ١٩٨٢ الكتاب الثالث بند ٣ ص ١٣، ١٤، الدكتور عبدالباسط جميعي ـ التنفيذ سنة ١٩٦١ بند ٨٥ ـ ٨٦ ص ٨٤، ٨٥، الدكتور عبدالحميد أبو هيف ـ طرق التنفيذ والتحفظ في المواد المدنية والتجارية في مصر سنة ١٩٢٣ ـ بند ١٣ ـ ١٤ ص ٢٢، الدكتور محمد حامد فهمي ـ تنفيذ الأحكام والسندات الرسمية والحجوز التحفظية ـ الطبعة الثالثة ـ بند ٦ ص ٥، الدكتور وجدي راغب ـ النظرية العامة التنفيذ القضائي ص ١٦، ١٧، الدكتور محمد عبدالخالق عمر مبادىء التنفيذ الطبعة الرابعة سنة ١٩٧٨ بند ١١ ص ٨، ص ٩ .

(٢٢) الدكتور رمزي سيف ـ الإشارة السابقة .

(٢٣) الدكتور أحمد أبو الوفا ـ اجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية ـ الطبعة الثامنة سنة ١٩٨٢ بند ٧ ص ١٤ هامش رقم (١)، الدكتور فتحي والي ـ في محاضرته التي ألقاها في ندوة تيسير اجراءات القضاء المدني التي نظمها مركز البحوث والدراسات القانونية بكلية الحقوق جامعة

القاهرة ـ سنة ١٩٨٠ ـ في موضوع حبس المدين (غير منشورة)، الدكتور أحمد السيد صاوي ـ محاضرات في التنفيذ الجبري ـ سنة ١٩٨٢ بند ٣ ص ٦ـ٧، الدكتور عزمي عبدالفتاح ـ الرسالة السابقة ـ ص ٦٦٠ ـ ٦٦١.

(٢٤) أبقى المشرع على هذه المادة رغم صدور القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ الذي ألغى المحاكم الشرعية والمالية.

(٢٥) الدكتور إهاب حسن اسماعيل ـ أحكام التنفيذ بطريقة الإكراه البدني والحبس في ديون النفقات ـ مقال منشور بمجلة «المحاماة» السنة الأربعون ـ العدد الثالث ـ ص ٦١٣.

(٢٦) فتحي عبدالصبور ـ الحكم بالحبس لدين النفقة ـ صوره وطبيعته والأشكال فيه بحث منشور بالمجموعة الرسمية للأحكام والبحوث القانونية ـ المكتب الفني لمحكمة النقض ـ السنة الواحدة والستون ـ سنة ١٩٦٤ ـ العدد الثالث ص ٢٩٢ ـ ٢٩٦.

(٢٧) صلاح الدين عبدالوهاب ـ تحديد طبيعة الأمر بتقدير النفقة الوقتية ـ مقال منشور بمجلة المحاماة ـ السنة الثامنة والثلاثون ـ العدد الأول ص ٩٣.

(٢٨) الدكتور السعيد مصطفى السعيد ـ الأحكام العامة في قانون العقوبات ـ الطبعة الرابعة ١٩٦٢ ص ٦٧٩، الدكتور رؤوف عبيد ـ مبادى القسم العام في التشريع العقابي المصري ـ الطبعة الأولى ١٩٦٢ ص ٦٦١.

(٢٩) الدكتور محمد محي الدين عوض ـ القانون الجنائي في التشريعين المصري والسوداني ـ طبعة ١٩٦٣ ص ٧٦٩، الدكتور السعيد مصطفى السعيد المرجع السابق ص ٦٧٩.

(٣٠) الدكتور محمود محمود مصطفى شرح قانون العقوبات ـ القسم العام ـ الطبعة الثالثة ١٩٢٥ بند ٤٢٥ ص ٤١٤، الدكتور ادوار غالي ـ المرجع السابق ص ٣٣٨.

(٣١) أحمد قمحة والدكتور عبدالفتاح السيد ـ شرح لائحة الاجراءات الشرعية والقوانين واللوائح المرتبطة بها سنة ١٩٢٣ ـ بند ٧٥٧ ص ٥٠٨ ـ، أحمد نصر الجندي ـ التعليق على نصوص لائحة المحاكم الشرعية وقانون الأحوال الشخصية ـ الطبعة الأولى ص ١١٥، أنور العمروسي أصول المرافعات الشرعية ـ الطبعة الثالثة ـ بند ٤٢٦ ص ٩٣٣.

(٣٢) أنظر صلاح زغو ـ القضاء الجزئي في مسائل الأحوال الشخصية للمسلمين. ص ٣٤٦ وما بعدها.

(٣٣) حكم محكمة المنصورة الكلية بهيئة استئنائية ـ الصادر في ١٩٥٩/١/٣١ المنشور في المحاماة السنة ٣٩ العدد الخامس ص ٦٢١ وما بعدها، أحمد قمحة والدكتور عبدالفتاح السيد ـ المصدر السابق طبعة سنة ١٩٢٥ ص ١٣٢.

(٣٤) الدكتور وحيد الدين سوار ـ التعبير عن الارادة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي ـ رسالة للدكتوراه ـ الطبعة الأولى سنة ١٩٦٠ ـ بند ٥ ص ٤، الدكتور شفيق شحاته ـ النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية ـ رسالة للدكتوراه طبعة سنة ١٩٣٦ ـ بند ١٠٦ ص ١١٩.

(٣٥) مصطفى الزرقا: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ـ جـ ٢ بند ٣٠ ص ٦٧، الدكتور علي الرجال ـ حقوق الدائنين في التركة ـ رسالة للدكتوراه مطبوعة سنة ١٩٥٢، بند ٤٢ ص ١٤٧ ـ ١٥١، الدكتور أحمد علي الخطيب ـ الحجر على المدين لحق الغرماء في الفقه الإسلامي والقانوني المقارن ـ رسالة للدكتوراه ـ مطبوعة سنة ١٩٦٤ بند ٢٣٦ ص ٤٢٨.

(٣٦) الأم ـ للإمام الشافعي جـ ٣ ص ١٧٩، مدونة الإمام مالك جـ ٤ ص ١٠٥، نهاية المحتاج جـ ٣ ص ٣٢٤، ٣٢٥، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٧٩، كشاف القناع جـ ٣ ص ٣٤٨، ٣٤٩.

(٣٧) سورة البقرة ـ الآية ٢٨٠.

(٣٨) نيل الأوطار ـ جـ ٥ ص ٢٤٠، سنن أبي داود جـ ٣ ص ٣٤٩.

(٣٩) الهداية شرح البداية جـ ٣ ص ٢٠٨، البدائع جـ ٧ ص ١٧٣، البحر الرائق جـ ٨ ص ٩٤، الدكتور أحمد الخطيب ـ الرسالة السابقة بند ٧٩ ص ١٦٧ ـ ١٦٨، الدكتور عبدالعزيز عامر ـ التعزير في الشريعة الإسلامية ـ رسالة للدكتوراه ـ الطبعة الخامسة سنة ١٩٧٦ بند ٣٥٩ ص ٤١٣، ٤١٤.

(٤٠) الدونة الكبرى جـ ٤ ص ١٠٥، الفروق للقرافـي ـ الفرق ٢٣٦ جـ ٤ ص ٧٩، ٨٠ز

(٤١) المدونة الكبرى ـ الطبعة الأولى ـ جـ ١٣ ص ٥٥.

(٤٢) الأم ـ للإمام الشافعي ـ جـ ٣ ص ١٨٩.

(٤٣) ابن القيم الجوزية ـ الطرق الحكمية ص ٦٣.

(٤٤) المغني جـ ٤ ص ٥٠٤، ٥٠٥.

(٤٥) كتاب الفروع وتصحيحه ـ جـ ٢ ص ٦٤٩.

(٤٦) المدونة الكبرى جـ ١٣ ص ٥٥.

(٤٧) المغني جـ ٤ ص ٥٠٣.

(٤٨) المحلي ـ لابن حزم جـ ٨ ص ١٦٨، ١٦٩.

(٤٩) انظر في ذلك: الشيخ جاد الحق علي جاد الحق ـ حبس المدين في الدين في الفقه الإسلامي ـ بحث (غير منشور) ـ ألقاه في ندوة تيسير اجزاءات القضاء المدني ـ التي نظمها مركز البحوث والدراسات القانونية بكلية الحقوق ـ جامعة القاهرة سنة ١٩٨٢ ص ١٠ وما بعدها.

(٥٠) سورة البقرة ـ الآية ٢٨٠.

(٥١) أنظر: صحيح مسلم جـ ٥ ص ٣٤، صحيح البخاري جـ ١٢ ص ١٠٩، الجامع الصغير للسيوطي جـ ٢ رقم ٨١٨٢، سنن أبي داود جـ ٣ رقم ٣٣٤٥.

(٥٢) أنظر: حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب جـ ٢ ص ٦٨، الدكتور عبدالعزيز بديوي قواعد اجراءات التنفيذ الجبري والتحفظ ـ الطبعة الثانية سنة ١٩٨٠ ص ٢٧.

(٥٣) أنظر: المبسوط جـ ٢٠ ص ٨٨ وجـ ٢٤ ص ١٦٣.

(٥٤) أنظر: نيل الأوطار جـ ٥ ص ٢٠٤، الجامع الصغير للسيوطي جـ ٢ رقم ٧٧٤٣، سنن أبي داود جـ ٣ رقم ٣٦٢٨.

(٥٥) سورة الإسراء ـ آية ٢٣.

(٥٦) سورة لقمان آية ١٥.

(٥٧) الشيخ جاد الحق علي جاد الحق ـ البحث السالف الذكر ص ١٠.

(٥٨) الدكتور عبدالعزيز عامر ـ الرسالة السالفة الذكر ـ بند ٣٦٧ ـ ص ٤١٩.

(٥٩) الشيخ جاد الحق علي جاد الحق ـ البحث السابق ص ١٤، ص ١٥.

(٦٠) أنظر: شرح الزيلعي على متن الكنز جـ ٤ ص ١٨٢ وقد جاء فيه أن «المال الذي يحبس فيه غير مقدر، حتى يحبس في درهم وما دونه، لأن مانعه ظالم متعنت».

(٦١) الدكتور عبدالعزيز عامر ـ الرسالة السابقة ـ بند ٣٦٥ ص ٤١٨ ـ ٤١٩.

(٦٢) أنظر فتح القدير والعناية على الهداية ـ جـ ٥ ص ٤٧٢.

(٦٣) راجع أنفع الوسائل الى تحرير المسائل لقاضي القضاة نجم الدين الطرسوسي ص ٣٣٧.
(٦٤) أنظر الشيخ جاد الحق علي جاد الحق ـ البحث السالف الذكر ص ١٥.
(٦٥) الدكتور صبحي المحمصاني ـ النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية طبعة سنة ١٩٤٨ جـ ٢ ص ٢٩٠، محمد صادق بحر العلوم دليل القضاء الشرعي ـ أصوله وفروعه ـ طبعة ١٩٥٧ جـ ٢ ص ٤٥٤.
(٦٦) ابن القيم ـ الطرق الحكمية ص ٦١.
(٦٧) ابن فرحون ـ تبصرة الحكام جـ ٢ ص ١٥٠.
(٦٨) الدكتور أحمد الخطيب ـ الرسالة السالفة الذكر ـ ص ٢٥٩.
(٢٦٩) هو رأي الإمام الشافعي والإمام أحمد بن حنبل ـ أنظر: الأم جـ ٣ ص ١٨٩، فتاوى ابن تيمية جـ ٤ مسألة ٢٣٥ ص ١٣٥.
(٧٠) وهو رأي الإمام مالك وبعض فقهاء مذهبه ـ أنظر: تبصرة الحكام لابن فرحون جـ ٢ ص ١٥٠.
(٧١) وهو رأي جمهور فقهاء المسلمين. أنظر: تبصرة الحكام ص ٢٣٣، شرح منتهى الاردات جـ ٢ ص ١٣٩، نهاية المحتاج: جـ ٣ ص ٣٢٧ ـ ٣٣٤، أنفع الوسال ص ٣٣١ ـ ٣٣٤.
(٧٢) الدكتور أحمد الخطيب ـ الرسالة السالفة الذكر ـ ص ٢٦١.
(٧٣) الشيخ جاد الحق علي جاد الحق ـ البحث السالف الذكر ـ ص ١٠.
(٧٤) كتاب أدب القاضي للخصاف ـ بند ٢٨٤ ص ٢٥٧ ـ كتاب تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ـ للزيلعي ـ الطبعة الأولى ـ ص ١٨١.
(٧٥) فتح القدير على الهداية جـ ٥ ص ٤٧٤ ـ ٤٧٥، الشيخ جاد الحق علي جاد الحق، ص ١١.
(٧٦) التاج والإكليل لمختصر خليل بهامش كتاب مواهب الجليل شرح مختصر خليل جـ ٥ ص ٤٨.
(٧٧) المدونة الكبرى جـ ١٣ ص ٥٤ ـ ٥٥، تبصرة الحكام لابن فرحون على هامش فتح العلي المالك جـ ٢ ص ٣٧٥.
(٧٨) الدكتور عبدالعزيز عامر ـ الرسالة السالفة الذكر ـ بند ٣٦٨ ـ ص ٤٢٠.
(٧٩) الشيخ جاد الحق علي جاد الحق، ص ١٧.
(٨٠) الدكتور أحمد الخطيب ـ بند ٢٤٤ ص ٤٤٠.
(٨١) الدكتور عبدالعزيز عامر ـ بند ٣٦٩ ـ ص ٤٢١.
(٨٢) فنسان ـ طرق التنفيذ واجراءات التوزيع ـ طبعة ١٩٧٨ بند ١ ص ٢.
(٨٣) أنظر: حكم المحكمة العليا المصرية الصادر في ١٩٧٢/٧/١ في القضية رقم ٤ لسنة ٣ قضائية دستورية ـ المنشور في مجلة ادارة قضايا الحكومة ـ السنة ١٧ رقم ٣٤ ص ٨٣٩، وأيضاً حكمها الصادر في ١٩٧٥/١/١٨ في القضية رقم ١٣ السنة ٥ قضائية دستورية ـ المنشور في مجلة ادارة قضايا الحكومة ـ السنة ١٩ رقم ١٥٤ ص ٦٦٠، وقد قضت المحكمة في هذه الأحكام بدستورية المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والخاصة بحبس المدين في دين النفقة.
(٨٤) أنظر مزيداً من التفصيل بحث لنا بعنوان: «حبس المدين في الديون المدنية والتجارية» منشور في مجلة الدراسات القانونية التي تصدرها كلية الحقوق بجامعة أسيوط ـ العدد الخامس ـ يونيو ١٩٨٣ ص ١٦٩ وما بعدها، وأيضاً من منشورات مكتبة وهبة بالقاهرة سنة ١٩٨٥.



ـ المجني عليه بين القانون الجنائي وعلم الإجرام ـ
La victime entre le Droit pènal et la criminologie

الدكتــور

نور الدين هنداوي*

(*) أستاذ القانون الجنائي المساعد بكلية الحقوق ـ جامعة عين شمس ـ معار إلى كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات ـ له مؤلفات وبحوث في القانون الجنائي.



المجني عليه بين القانون الجنائي وعلم الإجرام

مقدمة عامة:

يثير مصطلح المجني عليه La victime عدة تساؤلات خاصة بوضعه ودوره وأهميته في مجال الدراسات الجنائية، حيث أن مفهومه وأهمية دراسته في القانون الجنائي، يختلف في اتجاهاته الرئيسية عنه في علم الإجرام.

وقد اختلف فقه القانون الجنائي في تعريف من هو المجني عليه، وخاصة أن التشريعات الجنائية أغفلت دائماً تعريفه بصورة مستقلة[1]، لذلك هناك من يعرّف المجني عليه من منطلق الضرر الذي أصابه من جراء الجريمة. وبالتالي فهو ذلك الشخص الذي أصابه ضرر من الجريمة، أو أنه الشخص الذي يلتزم الجاني بتعويضه عن الضرر الناشىء عن فعله. ولكننا لا نستطيع في حقيقة الأمر أن نتبنى هذا التعريف، لأنه يخلط بين المجني عليه والمضرور من الجريمة، حيث أنه من الممكن وجود مضرور من الجريمة دون أن يكون هو المجني عليه فيها. فعلى سبيل المثال في جريمة القتل، يعتبر القتيل هو المجني عليه في هذه الجريمة، ولكن المضرور فيها والذي يستحق التعويض هم ورثة القتيل. وفي جريمة السرقة، فالمجني عليه هو مالك الشيء المسروق، ولكن المضرور من الجريمة قد تكون أسرته بصورة غير مباشرة، أو أحد دائنيه الذي له حق امتياز على هذا الشيء. وبالتالي فليس هناك ارتباط حتمي بين المجني عليه والمضرور من الجريمة، ولهذا لا يجوز تعريف المجني عليه بالرجوع إلى فكرة الضرر الناتج عن الجريمة.

وبناء على ذلك، فقد اتجهت آراء أخرى لتعريف المجني عليه بالنظر إلى النتيجة التي تسببها الجريمة، أو بالنظر إلى القصد الجنائي منها، أي أن المجني عليه هو ذلك الشخص الذي قصد الجاني الإعتداء على حقوقه، أو الذي مست الجريمة بحق من حقوقه التي يحميها النظام القانوني للدولة. ويرجع كل هذا الإختلاف إلى أن التشريعات الجنائية لم تهتم بتعريف المجني عليه كما قلنا، لأن كل اهتمامها كان نحو تعريف الجاني باعتباره محور وموضع اهتمام القانون الجنائي.

وعلى جميع الأحوال، يمكننا تعريف المجني عليه بأنه ذلك الشخص الذي وقعت الجريمة اعتداءً مباشراً على حق من حقوقه[٢]. وبالتالي لا يدخل في هذا التعريف فكرة الضرر، سواء أصابت المجني عليه أو أي شخص آخر، لأن المعول عليه فقط هو وقوع النشاط الإجرامي سواء عمداً أو خطأ، اعتداءً على حق يحميه القانون لأحد الأشخاص. وبناء على ذلك يمكن أن يكون المجني عليه شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنويا، كامل الأهلية أو ناقصها، من مواطني الدولة أو من الأجانب... الخ[٣].

وإذا كان هذا هو تعريف المجني عليه بصفة عامة في الفكر الجنائي، إلا أن الاهتمام به كطرف في الجريمة الجنائية قد اختلف بحسب الفكر القانوني وتطوره عبر العصور المختلفة، بل ان النظر إلى المجني عليه ودراسة حالته يختلف في وجهة نظر الفقه والتشريع الجنائي، عن النظريات والأفكار المنهجية لعلم الإجرام، باعتبار ان دور المجني عليه في نظر فقهاء القانون الجنائي يختلف عن دوره وأهميته لدى الباحثين في علم الإجرام.

ولعرض وجهة النظر والإختلاف بين المجالين، يتعين علينا أولاً استعراض دور المجني عليه في أحكام القانون الجنائي في مبحث أول، ثم أهميته في نظر علماء علم الإجرام في مبحث ثان.

المبحث الأول

دور المجني عليه في القانون الجنائي

ترتب على اغفال تعريف للمجني عليه في التشريعات الجنائية نفس الأثر بالنسبة للفقه الجنائي حيث لم يهتم الفقهاء بتعريف للمجني عليه، إلا أن وجوده كطرف في الجريمة فرض الكثير من الأحكام والقواعد التي يترتب عليها تغيير مجرى الدعوى الجنائية، سواء بالتخفيف أو التشديد في العقاب، أو حتى الإعفاء منه كلية.

وفي الحقيقة، لم يَحْظَ المجني عليه كطرف في المشروع الإجرامي بالإهتمام الكافي في كتابات شراح القانون الجنائي في مختلف العصور، أي مروراً بالمدارس العقابية المختلفة.

لذلك يتعين علينا في فرع أول استعراض تطور مفهوم دور المجني عليه عبر المدارس العقابية المختلفة من ناحية، وتحديده في القانون الجنائي من ناحية أخرى، ثم نناقش تأثير عدم رضاء المجني عليه في تكامل أركان الجريمة في فرع ثان، وأخيراً يتعين علينا توضيح رضاء المجني عليه كسبب لإباحة بعض الجرائم في فرع ثالث.

الفرع الأول

تطور دور المجني عليه في القانون الجنائي

التطور التاريخي لدور المجني عليه في القانون الجنائي:

لم يحظ المجني عليه، وحتى فترة قريبة جداً، بأي اهتمام من جانب فقهاء القانون الجنائي منذ المدرسة التقليدية وحتى فكر الدفاع الاجتماعي، حيث كان دائماً المجني عليه هو الطرف المهمل في القضية الجنائية ولا ينظر لوجوده ودوره في الجريمة، ويقتصر الأمر على حقه في التعويض فقط.

فمن الملاحظ أن الفعل باعتباره النشاط الإجرامي احتل كل اهتمام المدرسة التقليدية، وبالتالي ظهر مبدأ الشرعية حيث لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص، ولهذا اهتمت الأبحاث بمشاكل تطبيق القانون على هذا الفعل الغير مشروع، سواء من ناحية المكان أو الزمان أو الأشخاص، وكذلك تفسير النصوص الجنائية ومقتضيات مبدأ الشرعية بالنسبة للمشروع والقاضي، إلى جانب أهمية توافر الأركان العامة للجريمة حتى يمكن مساءلة أحد أفراد المجتمع عن نشاط يتطابق مع النموذج القانوني الذي يحدده النص الجنائي. وبالتالي، كان دوماً تشديد وتخفيف العقوبة مرتبطاً أساساً بدرجة وجسامة الجرم المرتكب بصرف النظر عن فاعل الجريمة أو المجني عليه فيها، وسواء كان ذلك لتحقيق النفع داخل المجتمع، وهو فكر المدرسة التقليدية، أم تحقيق العدالة المطلقة، وهو فكر المدرسة التقليدية الجديدة.[٤].

وبالتالي لم نجد كثيراً في فقه رواد الفكر التقليدي ما يشير إلى المتهم أو المجني عليه، وظروف كل منهم، ودوره في المشروع الإجرامي، بقدر ما كان الأمر بخصوص الفعل نفسه، وما أدى إليه من نتائج تتعارض مع النصوص التشريعية، وبالتالي كانت القضية الجنائية تدور حول أفعال وليس أشخاص.

وفي غضون القرن التاسع عشر، خرجت إلينا المدرسة الوضعية الايطالية بفكر جديد، قلب موازين الفقه الجنائي التقليدي، حيث أشار أقطاب هذه المدرسة إلى إنكار حرية الاختيار لدى المتهم وقالت بأنه مسير وليس مخيرا في اتيانه السلوك الإجرامي بسبب عوامل وراثية ترجع لصفات عضوية معينة، أو بيئية ترجع إلى التربية والنشأة ودور المجتمع في ذلك. وبالتالي فهو غير مذنب ولا يجوز عقابه، ولكن يجب علاجه من الأسباب التي دفعته لإرتكاب الجريمة[٥].

وبناء على ذلك، فقد تغير الفكر الجنائي من الاهتمام بالنشاط الإجرامي ونسبته إلى متهم معين تمهيداً لمحاكمته وتطبيق الجزاء العادل والرادع عليه، إلى الاهتمام الكامل بالمتهم ودوافعه إلى ارتكاب الجريمة وأسباب ذلك، سواء بردها إلى عوامل داخلية، مثل

الوراثة والأمراض العضوية والعقلية، أو بنسبتها إلى عوامل خارجية مثل البيئة والتعليم وغيرها. وبالتالي فهو غير مذنب ولا يجوز عقابه، ولكن يتعين علاجه من الأسباب التي أدت به إلى سلوك طريق الجريمة، دون أن نجد في فكر هذه المدارس ومؤلفاتها العديدة ما يشير إلى المجني عليه ودوره في الجريمة كطرف هام في العلاقة أو الرابطة الإجرامية.

بل الأكثر من ذلك أن فكر الدفاع الاجتماعي، أياً كان إتجاهاته الفقهية المتعددة، والذي يعتبر الخطوة الأخيرة في فقه القانون الجنائي، ينظر إلى المتهم على أنه ضحية المجتمع ومظهر من مظاهر الخلل الإجتماعي الذي يجب أن يهتم المجتمع بإصلاحه كما يتجه لاصلاح الخلل الإقتصادي والتعليمي والبيئي... الخ، وهكذا أصبح المتهم ضحية أي مجنياً عليه، وأصبح المجتمع هو المتهم والذي أدى إلى وقوع الجريمة بتنا قضاته وعوامل نقصه، وبالتالي لا مجال للحديث عن عقوبات وتدابير توجه إلى المتهم، ولكن يجب اصلاح المجتمع الذي أفرز هذه الطائفة التي يخالف سلوكها ما هو متبع من أنظمة قانونية، وظل المجني عليه في فكر أحدث المدارس العقابية مجهول الهوية، لا يهتم أحد بوجوده وتأثيره في ارتكاب الجريمة[٦].

تحديد المجني عليه في القانون الجنائي:

وبالرغم من اهمال دور المجني عليه تماماً في أفكار المدارس العقابية، إلا أنه وجدت عدة قواعد يظهر فيها تأثير المجني عليه في تكامل المسئولية الجنائية، ولكن قبل أن نتعرض لهذه الأحكام، علينا تحديد الاختلاف بين مفاهيم المجني عليه في القانون الجنائي، فهناك جرائم يتوافر فيها جانٍ ومجني عليه ونشاط إجرامي يقوم به الأول اعتداءً على حق من حقوق الثاني، ولكن هناك جرائم تتحد فيها شخصية الجاني مع المجني عليه، أي أن من قام بالنشاط يعتبر متهماً ومجنياً عليه في نفس الوقت، وبالتالي نكون في هذه الحالة أمام مجني عليه قانوني وليس مجني عليه حقيقي، أي أن القانون افترض أنه مجني عليه لأن ما قام به من أفعال تضر بمصالحه، بالرغم من أنه هو الفاعل أيضا، ومثال ذلك الشروع في الإنتحار، ومن يتلف أحد أعضاء جسده للتهرب من الخدمة العسكرية. وحالة من يتعاطى المسكرات والمخدرات. في كل هذه الحالات يجتمع الجاني مع المجني عليه في شخص واحد، ومع هذا يحرم القانون النشاط الإجرامي لخطورته على المصلحة العامة ومصلحة الجاني المجني عليه[٧].

بناء على ذلك يمكننا تقرير أن القانون الجنائي يعتد بالأفعال التي تمثل اعتداءً على مصلحة يحميها القانون، وبالتالي لا بد أن يوجد مجني عليه هو صاحب المصلحة المحمية، سواء كان مجنياً عليه محدداً (La vitime spécifique). أو مجنياً عليه غير محدد La victime non specifique.

والمجني عليه المحدد، إما أن يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً أو قد يكون الحيوان[٨]، والأمثلة في التشريعات كثيرة للجرائم التي تقع اعتداء على هذه المصالح، فمثلاً كاعتداء على الشخص الطبيعي نجد جرائم الاعتداء على حقه في الحياة مثل القتل، وحقه في سلامة جسده مثل الضرب والجرح واعطاء مواد ضارة، وحقه في شرفه واعتباره مثل جرائم السب والقذف، وعلى حريته الجنسية كجرائم الإغتصاب وهتك العرض، وعلى ذمته المالية كالسرقة والنصب وخيانة الأمانة. بل ان القانون يشمل بحمايته الإنسان حتى بعد مماته، ولهذا نص على جريمة انتهاك حرمة الموتى ونبش القبور[٩].

وكذلك قد يكون المجني عليه في نظر القانون شخصاً معنوياً وخاصة بعد اعتراف القانون بالشخصية المعنوية، وسواء كان شخصاً معنوياً عاماً كالدولة بمختلف هيئاتها ومؤسساتها العامة، أو شخصاً معنوياً خاصاً كالشركات والبنوك، يمكن أن تقع الجريمة إضراراً بهم، وبالتالي يعتبرا مجنياً عليهما في مفهوم القانون الجنائي، وهكذا وجدت جرائم الإعتداء على أمن الدولة من جهة الخارج أو الداخل، والجرائم التي تقع أضراراً لاشركات والمؤسسات الخاصة.

أما المجني عليه غير المحدد، فيلاحظ أن القانون يرتب دائماً بعض الجرائم التي لا تقع على مصلحة محددة، ولكن على مصلحة عامة لا تتحد بأشخاص معينين، والأمثلة على ذلك كثيرة في كل المجموعات القانونية. فجرائم الإخلال بواجبات الوظيفة العامة (جرائم الرشوة واستغلال النفود والتربح والإختلاس) وجرائم الاخلال بالثقة العامة (جرائم التزوير والتزييف). فهي أفعال تعد جرائم بصرف النظر عن أن شخصاً طبيعياً قد أضير من جراء ارتكابها. كذلك جرائم الأضرار بالصحة العامة، والسكينة العامة، وجرائم البيئة، والجرائم ضد الأديان والمعتقدات، كلها جرائم محددة في القانون، وعقوباتها قد تكون بالغة الشدة ولكن لا يمكن أن نقول بأن لها مجني عليه محدد ومعين مثل جرائم السرقة أو القتل أو هتك العرض[١٠].

وبالرغم من العرض السابق، إلا أنه لا يمكن أن تتكرر دور وأثر المجني عليه في بعض أحكام هامة من أحكام القانون الجنائي، ألا وهي فكرة عدم رضاء المجني عليه كعنصر في بعض الجرائم، وفكرة رضاء المجني عليه كسبب لإباحة بعض الجرائم. وهما محل الفرعين التاليين.

الفرع الثاني

عدم رضاء المجني عليه كعنصر في بعض الجرائم

طبقاً لمبدأ الشرعية، يحدد التشريع الجنائي النموذج القانوني للجرائم، أي الشكل الذي يجب أن يتطابق معه السلوك الانسان حتى نستطيع أن نسبغ عليه صفة الجريمة، وبالتالي قد يشترط القانون ضرورة عدم رضاء المجني عليه حتى يعتبر الفعل جريمة. وبمفهوم المخالفة، إذا كان هناك رضاء من المجني عليه، فان الجريمة لا تقوم أصلاً لإنتفاء أحد أركانها، أو عنصر من عناصر ركنها المادي. وبالتالي يعود القانون على المجني عليه في تحديد مدى مطابقة السلوك للنموذج الإجرامي الذي حدده النص القانوني.

ولكن علينا أن نوضح مسألة أولية، وهي أن رضاء المجني عليه لا ينتج أثره في جميع الجرائم التي يوجد فيها مجني عليه محدد كما أشرنا سابقاً، ولكن هذا الرضا منتج في بعض الجرائم فقط حيث يملك المجني عليه التنازل عن هذا الحق. فهناك جرائم مثل القتل والجرح يلاحظ فيها مصلحة المجني عليه في صيانة حقه في الحياة وسلامة جسده، ولكن هذه الحقوق الخاصة[لها أيضاً صفة عامة، وبالتالي إذا وافق المجني عليه على الاعتداء عليها فانه لا يعتد برضائه ويظل المتهم مسئولاً رغم رضاء المجني عليه[١١]، وهكذا يسأل دائماً الذي ساهم وساعد المجني عليه في التخلص من حياته عن طريق الإنتحار، أو ذلك الذي يحدث في الآخر اصابة تؤدي إلى عاهة مستديمة ليتمكن من التهرب من أداء الخدمة العسكرية وغيرها من الجرائم التي لا يؤثر رضاء المجني عليه في اباحتها[١٢].

ولكن الأمر يختلف في بعض جرائم اشترط القانون لتكامل أركانها توافر عدم رضاء المجني عليه، أي بمفهوم المخالفة أنه إذا وجد رضاء من المجني عليه فان الفعل لا يكون جريمة على الاطلاق. فجرائم السرقة وخيانة الأمانة وإتلاف المنقولات... الخ، وكذلك جرائم العرض مثل هتك العرض ومواقعة أنثى بغير رضائها، كل هذه الجرائم لكي تكتمل أركانها لا بد لها أن تتم بدون رضاء المجني عليه فيها. فتعريف جريمة السرقة بأنها اختلاس مال منقول مملوك للغير بدون رضاء صاحبه، يؤدي إلى القول بأنني إذا كنت راضياً على أن يأخذ الغير ما أملك فان هذا لا يكون أي جريمة، لأنني أكون في حكم من يهب ماله برضاه للغير[١٣].

ولكن ما هو الضابط الذي يحدد دور رضاء المجني عليه لنفي ركن من أركان الجريمة؟ بطبيعة الحال ليس هو تعريف الجريمة، ولكنه ضابط عام هو مدى سلطة المجني عليه في التصرف في حقه. هل يستطيع التصرف فيه ونقله إلى غيره من عدمه، فإذا كان النظام القانوني يسمح له بامكانية التنازل عن هذا الحق أو نقله، في هذه الحالة

فان الاعتداء عليه برضاء صاحبه لا يشكل جريمة طبقاً للقانون، حيث ان رضاء المجني عليه بالاعتداء على حقه يعتبر نوعاً من التنازل عن هذا الحق. وبناء على ذلك، إذا كان من حق أي مالك التصرف فيما يملك بمقابل أو بدون مقابل، فلا يمكن أن نعتبر الفعل جريمة سرقة إذا ما أخذ شخص مال آخر برضائه، وأيضاً إذا أتلف هذا المال برضاء صاحبه(١٤)... إلخ.

أما بالنسبة لجرائم العرض مثل الاغتصاب وهتك العرض، فان بعض القوانين لا يحرم الفعل إلا إذا كان بدون رضاء صاحبه، وبالتالي فلا بد من أن نتحقق من عدم رضاء المجني عليه كشرط وعنصر في التجريم، طالما أن المجني عليه شخص بالغ ويعتد بارادته. وهذا بعكس أنظمة قانونية أخرى تعتبر مواقعة أنثى محرمة جريمة بصرف النظر عن رضائها من عدمه. وبالتالي لا يلعب رضاء المجني عليه هنا أي دور في إباحة السلوك لأنه مجرم في جميع الأحوال.

وبطبيعة الحال لكي ينتج رضاء المجني عليه أثره لا بد وأن يكون صادراً عن إرادة حرة مميزة، أي لا يشوبها أي عيب من عيوب الإرادة كالإكراه أو الخطا، وكذلك لا بد أن تكون ارادة مميزة، أي أن المجني عليه بالغاً عاقلاً ومدركاً لمدى رضائه(١٥).

الفرع الثالث
رضاء المجني عليه كسبب للإباحة

قلنا سابقاً أن الجرائم تقع اعتداءً على المصلحة العامة حتى ولو كان وقوعها على مصلحة مباشرة للأفراد، وبالتالي لا يجوز كقاعدا عامة إباحة النشاط المجرم برضاء صاحبه، اللهم إلا في بعض الجرائم عندما يكون عدم رضاء المجني عليه عنصراً يجب توافره لتكامل أركان الجريمة، كما أوضحنا في الفرع السابق. ولكن هناك ظروف موضوعية إذا ما تحققت شروطها فإنها تسبغ على النشاط الإجرامي صفة السلوك المباح، وهي ما تعرف بأسباب الإباحة. وهذه الظروف قد تكون أسباباً عامة للإباحة مثال الدفاع الشرعي وأداء الواجب، وقد تكون أسباباً خاصة ببعض جرائم معينة، ومثالها ممارسة الأعمال الطبية ومزاولة الألعاب الرياضية وخاصة العنيفة منها مثل الملاكمة والمصارعة. وهذه الأسباب إن توافرت وتحققت شروطها المختلفة يترتب عليها إباحة النشاط، حتى ولو شكل جريمة من الناحية القانونية. وهكذا ولو أن الألعاب العنيفة مثل الملاكمة وان كانت تتضمن أفعال ضرب وجرح، ولكن لا يسأل اللاعب عن هذه الجريمة طالما أنه مارسها في حدود قواعدها الفنية وبحسن نية(١٦).

أيضاً فقد ينشأ عن ممارسة الأعمال الطبية، جروح كما هو الحال في العمليات الطبية، أو اعطاء مواد ضارة، في أحوال وصف دواء معين، ومع هذا نقول أن هذا

السلوك مباح إذا مورس طبقاً للقواعد المتعارف عليها في هذه المهنة، ولم يرتكب الطبيب خطأ جسيماً في ممارستها[١٧].

وفي الواقع، يشترط لكي ينتج سبب الإباحة بهذه الصورة أثره القانوني، لا بد من توافر رضاء المجني عليه بالنشاط، أي لا بد وأن يوافق اللاعب على المباراة وإلا كانت أفعال الضرب والجرح مكونة لجريمة طبقاً لنصوص القانون. وكذلك لا بد وأن يوافق المريض ويرضى بالعلاج حتى تكون العملية الجراحية، أو الوصفة الطبية عملاً مباحاً.

وبالتالي إذا لم يتوافر هذا الرضاء، أو كان رضاءً معيباً سوف يسأل اللاعب الذي مارس أعمال العنف، والطبيب الذي مارس العلاج عن السلوك الذي قاما به بوصفه جريمة[١٨].

وبالتالي، لا نعتقد أن رضاء المجني عليه سبباً عاماً لإباحة هذه الجرائم، ولكنه عنصر في سبب الإباحة لا بد من توافره حتى يمكن إباحة النشاط، أي شرطاً من شروط مزاولة الأعمال الطبية وممارسة الألعاب الرياضية كأسباب للإباحة.

ويشترط في رضاء المجني عليه أن يكون موجوداً فعلاً، أي لا يكفي الاعتقاد بوجوده من جانب الجاني. فإذا افترض الطبيب أن المريض موافق على العلاج، بالرغم من عدم توافر هذا الرضاء، أو أن الرضاء بخصوص علاج آخر، كمن يرضى بعملية معينة ولكن الطبيب يجري له عملية أخرى غير التي اتفق عليها، فان سبب الإباحة لا يتحقق، ويساءل الطبيب عما ارتكب[١٩].

وبالتالي، لا بد من توافر عنصر الرضاء فعلاً حتى ولو لم يعلن عنه صاحبه. وجدير بالذكر أنه لكي ينتج الرضاء أثره، فلا بد أن تتوافر عدة شروط. فيجب أولاً أن يتمتع المجني عليه بالإدراك والتمييز حتى يعتد بارادته، وسن التمييز اللازم لكي ينتج رضاء المجني عليه أثره، هو سن المسئولية الجنائية. أما ما دون ذلك فلا يعتد بالرضاء ويعتبر أنه رضاء معيب. ويجب ثانياً أن تكون ارادة المجني عليه غير معيبة بعيب من عيوب الإرادة مثل الجنون أو السكر، أو مشوبة بغلط أو تدليس حتى يمكن الاعتداد بالارادة وما صدر عنها من رضاء. وأخيراً يجب أن يكون الرضاء معاصراً للفعل الذي تقوم به الجريمة وليس لاحقاً لها، بل يجب أن يكون معاصراً ومستمراً حتى انتهاء السلوك، أما اذا كان لاحقاً، فلا يعتد بقيمته القانونية، على أساس أن اركان الجريمة قد تحققت واكتملت قبل حدوث الرضاء الذي يلغي عنصراً من عناصر الجريمة[٢٠].

المبحث الثاني
دور المجني عليه في علم الاجرام

بعكس مفهوم دور المجني عليه في القانون الجنائي، فإن دوره في علم الإجرام يتميز بسمات خاصة، بل إن الدراسات الحديثة في علم الإجرام وتعددها أدت إلى ظهور تخصص جديد هو علم المجني عليه (La victimologie) وهذا العلم يهتم بالمجني عليه لمعرفة دوره الأساسي ومدى مساهمته في إرتكاب الجريمة.[٢١]

وبالتالي، فالنظرة إلى المجني عليه مختلفة في علم الإجرام عنه في القانون الجنائي، حيث لا يقتصر الأمر فيها على المكونات القانونية للجريمة بل تتعداه إلى الدوافع الفعلية لإرتكابها ودور المجني عليه فيها.

وسوف نستعرض هذا الأمر في فرعين، نخصص الأول لتطور دراسات علم المجني عليه، والثاني لمدى مساهمة المجني عليه في ارتكاب الجريمة.

الفرع الأول
تطور دراسات علم المجني عليه

أشار فقهاء القانون الجنائي منذ مدة طويلة إلى أهمية دور المجني عليه أحياناً في ارتكاب الجريمة، أمثال فويرباخ في ألمانيا في كتابه **(Traité documentaire des crimes** (Remarquables) الصادر سنة ١٨٤٦ حيث نوه عن اعتقاده بأن المجني عليه قد يكون هو السبب في الجريمة. ثم تبعه بعد ذلك الكثير من الكتاب، حيث أشاروا دوما إلى دور المجني عليه في إرتكاب الجريمة كأحد الدوافع إليها. وهذه الكتابات المتعددة قادت الأمريكي (A.W.ALLEN) في سنة ١٩٢٦ إلى أن يشير إلى أهمية وضرورة وجود دراسات خاصة تؤدي إلى علم جنائي جديد عن المجني عليه، حيث لاحظ اتهام عدد كبير من المجني عليهم في جرائم السرقة لأنهم أهملوا في المحافظة على أموالهم، وبالتالي دراسة حالتهم وفحصهم قد يؤدي فائدة للعلوم الجنائية[٢٢].

ومع هذا، فان انتقال البحث في المجني عليه من الناحية النظرية إلى الناحية العلمية لم يظهر إلا في أعقاب الحرب العالمية الثانية. وإذا كان مولد علم الإجرام كان سنة ١٨٧٦ بظهور كتاب الإنسان المجرم للمبروزو، فان علم المجني عليه يعتبر قد بدأ بكتاب (Von Hentig) عن الجاني وضحيته[٢٣]، (The criminal and his victim) وذلك سنة ١٩٤٨، وكان قد قرر سابقاً بأن الدراسة النظرية لمكافحة الجريمة ليست لها أي أهمية إلى جانب المعرفة الحقيقية للمجني عليه، حيث منه يمكننا معرفة الكثير عن الجاني ودوافعه وسبب الجريمة، بل ان دراسة القاتل والمقتول، والنصاب وضحيته،

والسلوك المتبادل بينهما يمكن عن طريقه الكشف عن الظاهرة الإجرامية .

وقد قسم (Von Hentig) تحت عنوان: «مساهمة المجني عليه في نوع الجريمة» في كتابه المشار إليه المجني عليه ودوره إلى عدة أنواع أساسية: المجرم المجني عليه ـ المجني عليه الخفي ثم العلاقة الخاصة بين الجاني والمجني عليه . وبعد ذلك أجرى دراسة خاصة بعدة شخصيات من المجني عليهم، مثل الشباب، والمسنين والنسوة والمرضى العقليين والأحداث وغير الطبيعيين .

وقد أخذ الباحثون في علم الإجرام هذه المعطيات وطوروها في دراساتهم ليوضحوا المفاهيم التي أشار إليها (Von Hentig) في دراسته . فبالنسبة للمجرم المجني عليه، توجد حالات تشير إلى أن الجاني قد يكون مجنياً عليه في نفس الوقت، فالطفل الذي تربى تربية سيئة قد يصل إلى حد إرتكاب الجرائم . وكذلك المحبوس الذي سوعد على الهرب قد يستغل من جانب من ساعده، وبالتالي قد تكون الصدفة وحدها هي التي تحول جانياً إلى مجني عليه والعكس .

وبخصوص تعبير المجني عليه الخفي، فيطلقه علماء علم الإجرام على الأشخاص الذين لا يشعرون بأنهم مجني عليهم بالرغم من دورهم في تحقيق الجريمة، وذلك مثلا الأشخاص المرضى الذين لا يشعرون بالإشباع الجنسي بدون العذاب الجسدي الذي يقع عليهم .

أما العلاقة الخاصة بين الجاني والمجني عليه، فقد تنشأ من أمراض عصبية، أو نفسية، أو من علاقة خاصة تربطهما مثل المرأة الساقطة ومن يقوم بتشغيلها في البغاء، والزوجين المدمنين للمخدرات والخمور، إذا كان الزوج هو الذي يحضرها ويحرض زوجته على تناولها معه[٢٤] .

وقد أخذ الفقه منطلقاً من دراسات الباحثين في علم الإجرام، للكتابة في علم المجني عليه، بصفة عامة، وتأثيره في تكوين الجريمة، أو بخصوص المجني عليه في جرائم معينة[٢٥] .

الفرع الثاني

مدى مساهمة المجني عليه في الجريمة

قلنا إن الاهتمام الآن قد انصرف إلى المجني عليه باعتباره طرفاً له أهمية في الجريمة، وذلك من جانب الفقهاء بصفة عامة، وعلماء علم الإجرام بصفة خاصة، وبصرف النظر عن استمرار القوانين الجنائية في اهمال جانب المجني اليه[٢٦] إلا أن الدراسات الفقهية وضحت أهمية دور المجني عليه في ارتكاب الجريمة .

وطبقاً لعلماء علم الإجرام، توجد دوماً دوافع لإرتكاب الجريمة، وعوامل لمنع ارتكابها سواء بصورة موضوعية أو بصورة شخصية . فمثلاً بالنسبة للجاني تقابل دوماً

دوافعه للجريمة اشباعاً لغرائزه الأولية مثل الاقتناء والتناسل والقتال، وهو ما يعبر عنه بالهو، مجموعة القيم والتقاليد السائدة في المجتمع وهو ما يعبر عنه بالأنا، وبالتالي تصطدم غريزة الإقتناء بقواعد الملكية الشخصية وضرورة احترامها، غريزة التناسل، بقواعد الزواج لاشباع هذه الغريزة، وغريزة التقاتل، بالقواعد المنظمة لحماية الأفراد بالقوانين وما تستلزمه من أجهزة أمن(٢٧).

فإذا حدث صراع بين الهو والأنا، فإن معنى ذلك أن هناك عوامل لارتكاب الجريمة (الهو) وعوامل مانعة (الأنا) فان تفوقت الأولى على الثانية، فان الجريمة سوف ترتكب، وان نجح الأنا في كبح جماح الهو لن ترتكب الجريمة، وقد حدد أساتذة علم الإجرام ما سمي بالأنا العليا وهي مجموعة المبادىء والقيم المثلى مثل الايثار والعفة والخلق الرفيع وهي تتدخل إلى جانب الأنا وتساعد في منع ارتكاب الجريمة(٢٨).

وهذا الأمر بالنسبة للعوامل الدافعة والمانعة لإرتكاب الجريمة بصفة شخصية، أي تتعلق بالجاني وحده، ولكن قد يكون المجني عليه أحد العوامل الدافعة لإرتكاب الجريمة أو أحد العوامل المانعة لها. وبالتالي فان دوره في ارتكاب الجريمة قد يكون المحرك الأساسي لها، وبذلك ينخفض دور الجاني في ذلك لأن قوة الاقدام على ارتكابها قد تجاوز قوة المانع والذي شجعه المجني عليه. وبناء على ذلك حينما يحقق في جريمة معينة، فان النظر إلى المجني عليه لمعرفة وضعه وصفته قد يؤدي إلى ايضاح الكثير من الأمور المتعلقة بالجريم وارتكابها.

أولاً: وجود المجني عليه:

عدم وجود أو معرفة المجني عليه يعتبر عاملاً من عوامل ارتكابها، فالجاني الذي يرتكب نشاطاً يعلم أنه غير مشروع ولكن لا يعرف له مجنياً عليه مباشراً، يكون دافعاً له على ارتكاب الجريمة. وبالعكس فان وجود مجني عليه مباشر قد يكون قوة مانعة تباشر تأثيرها على الجاني وتمنعه من ارتكاب الجريمة.

فمثلاً عثور أحد الأشخاص على أشياء مفقودة واستيلاؤه عليها يعتبر في نظر القانون فعلاً غير مشروع، ولكن اذا لم يمكن الاستدلال على صاحب الشيء فان هذا يكون دافعاً للجاني لسرقة هذه المنقولات بعكس ما اذا كان معروفاً مالكها. ونفس الأمر بالنسبة للجرائم ضد البيئة والصحة العامة والأديان فان عدم وجود مجني عليه مباشر يكون عاملاً مؤثراً ومساعداً على ارتكابها دون أن يشعر الجاني بأنه يرتكب جريمة ضد شخص معين. وبالتالي فان وجود المجني عليه في حد ذاته يعتبر عاملاً من العوامل التي تساعد في قوة المانع لدى الجاني(٢٩).

ويقرب الفقهاء بين عدم وجود مجني عليه أصلاً كعامل من عوامل الاقدام على الجريمة، وبين وجود المجني عليه فعلاً، ولكن له من السلطة والنفوذ مما لا يحرك لدى الجاني البواعث المانعة للارتكاب، مثال ذلك الدولة كمجني عليه. فهناك شعور بأن

الدولة شخص مليء لا يؤثر فيه اطلاقاً واقعة سرقة أو إضرار بأمواله . وبالتالي نجد أن جرائم السرقة التي تقع على أموال الدولة كثيرة ، ويرتكبها أشخاص من مستويات لا ينتظر اطلاقاً منهم ارتكاب نفس الجريمة إذا كان المال مملوكاً للأشخاص العاديين . مثال ذلك ، جرائم التهرب الضريبي والتهرب الجمركي والغش في تنفيذ عقود التأمين ، فهي ترتكب من أشخاص يشعرون بأنهم لم يرتكبوا ما هو محل استهجان المجتمع ، بل والأكثر من ذلك أنهم يصرحون بها . ولكن بالنسبة لنفس هؤلاء الأشخاص الأمر يختلف إذا كان يتعلق بجريمة سرقة عادية ، أو نصب ، فهم شرفاء بالنسبة لهذه الجرائم ، ولا نجد تفسيراً لذلك إلا فيما يتعلق بالمجني عليه كعامل دافع أو مانع لإرتكاب الجرائم .

وهكذا نجد الجاني الذي يصرح للآخرين ويتفاخر بأنه تمكن من التهرب الجمركي لبعض أجهزة أحضرها معه ، بالرغم من أن الفعل يشكل جريمة جنائية ، هو نفس الذي لا يمكن أن يرتكب أو يصرح بارتكاب واقعة سرقة بسيطة من أحد الأشخاص . وذلك بطبيعة الحال لأن الجريمة الأولى المجني عليه فيها هو الدولة بينما في الثانية المجني عليه شخص طبيعي محدد .

ونفس الأمر كذلك إذا ما كان المجني عليه يشكل قوة ذات نفوذ مثل المحلات الكبرى ، فنجد أن جرائم السرقة فيها متعددة وترتكب من أشخاص لا يرتكبون مثل هذه الجرائم اذا كان المجني عليه شخصاً آخر ، وذلك للشعور بأن هذه المحلات الكبرى لن يؤثر فيها سرقة بسيطة ارتكبت على أموالها الكثيرة[٣٠] .

ثانياً : سلوك المجني عليه :

قد يكون سلوك المجني عليه نفسه هو الدافع لإرتكاب الجريمة من قبل الجاني ، سواء لصفة من صفات المجني عليه ، أو لإهماله وعدم تحرزه . فمثلاً في جرائم النصب ، لا يمكن أن ترتكب هذه الجريمة إلا ضد مجني عليه يتميز بقدر من السذاجة حتى يمكن خداعه والحصول على أمواله إذا استجاب للطرق الاحتيالية التي قام بها الجاني . وكذلك الحال بالنسبة للجاني في جريمة هتك عرض أو اغتصاب وقع على محترفة دعارة ، فإن سلوكها وصفتها هما اللذان شجعا الجاني على محاولة اغتصابها . لأنها طالما تعاشر من يدفع الثمن ، فإن الجاني يعتقد أنه لا حق لها في مقاومته إذا أرادها دون مقابل[٣١] .

في هذه الحالات ، نجد أن صفة المجني عليه وسلوكه تكوّن عاملاً من العوامل الدافعة للجريمة ، وبالتالي تكون مقومات الارتكاب أكبر من مقومات المنع ، ويكفي أن ننظر إلى

الاحصائيات في جرائم هتك العرض وسلوك المجني عليه فيها، لنجد في الغالبية العظمى من الحالات، أن تبرج المرأة قد شجع الجاني على ارتكاب الجريمة.

كذلك فإن سلوك المجني عليه قد يتميز بقدر من الإهمال وعدم التبصر بدرجة تشجع الجاني على ارتكاب الجريمة. فمثلاً من يترك سيارته مفتوحة وبها مفاتيح التشغيل يشجع بلا شك الجاني على ارتكاب جريمة السرقة. وقد لا تكون لدى هذا الجاني النية أصلاً على ارتكابها لولا اهمال المجني عليه، وكذلك بالنسبة لمن يترك منزله مفتوحاً بصورة تسهل على الجاني ارتكاب الجريمة، بل ان اغلاق النوافذ بصورة تؤكد عدم وجود أحد بالمنزل يشجع الجاني على السرقة في بعض الحالات[٣٢].

في كل هذه الأمور السابقة يظهر بوضوح دور المجني عليه في ارتكاب الجريمة، أي باعتباره أحد العوامل الدافعة لإرتكابها بصورة تتعدى عوامل المنع. ولكن السؤال الذي يثور الآن: هل يمكن مساءلة المجني عليه اذا كان سلوكه هو أحد العنصار الدافعة للجريمة؟

بطبيعة الحال، لا نستطيع أن نقرر المسئولية الجنائية لأحد الأشخاص إلا إذا اشترك في ارتكاب الجريمة باحدى طرق المساهمة المنصوص عليها في القانون أما ان وجوده أو مسلكه قد ساعد وشجع على ارتكاب الجريمة فان هذا لا يكفي لمساءلة أحد الأشخاص جنائياً، وقد استعرضنا سابقاً موقف القانون الجنائي من المجني عليه، ورأينا أن دوره محدد في عدم رضائه كعنصر في بعض الجرائم، وضرورة رضائه لتحقق بعض أسباب الإباحة. ولكن لا يجوز في ظل الأوضاع التشريعية الحالية أن نجتهد في الادانة، خاصة وان الأحكام العامة للقانون الجنائي لا تسمح باستعمال القياس أو التفسير الواسع. ولكن لا يجوز بأي حال من الأحوال اهمال الأبحاث المتعددة في هذا الشأن والتي أوضحت أخيراً دور المجني عليه في الجريمة، وذلك للاستفادة منها في جانبين، أولاً كيفية تفادي وقوع الجريمة بتقليل العامل المساعد للمجني عليه[٣٣]، ثانياً بمعاملة المتهم المعاملة العقابية اللازمة لخطورته الإجرامية بالنظر لدور المجني عليه فيها.

الهوامش :

(١) أنظر التعريفات المختلفة للمجني عليه في رسالة الدكتور عادل الفقي . حقوق المجني عليه في القانون الوضعي مقارناً بالشريعة الإسلامية ـ حقوق عين شمس ١٩٨٤ ص ١٦ وما بعدها .

(٢) بل قد تكون الجريمة مجرد تعريض للحق أو المصلحة للخطر ، ولهذا يجرم القانون الشروع كصورة من صور تعريض الحق للخطر .

(٣) أنظر الدكتور أحمد فتحي سرور ـ الوسيط في قانون العقوبات ، الجزء الأول ، القسم العام ١٩٨١ ص ٤٩٣ وأنظر كذلك في رضاء المجني عليه بصفة عامة :

ANTOUN FAHMY ABDOU, LE CONSENTEMENT DE LA VICTIME, THESE, PARIS, 1970, P. 35 et 5

(٤) أنظر الأستاذ الدكتور محمود نجيب حسني ـ شرح قانون العقوبات ـ القسم العام ـ الطبعة الخامسة ١٩٨٢ ـ دار النهضة العربية ـ ص ١٦ وما بعدها .

(٥) المرجع السابق ص ٢٠ ، وأنظر كذلك مؤلفه في شرح قانون العقوبات اللبناني القسم العام ـ ١٩٧٥ ـ ص ٢٠ ، ٢١ .

(٦٠) Marc ANCEL, La défense Sociale nouvelle, 1954 et la 2e édition 1965. et la 3e édition Cujas 1981.

(٧) EZZAT/A. FATTAH, La victime est-elle coupable. le? les presses de l'université de Montréal, 1071 P. 14 et 5.

(٨) وهي جرائم قتل الحيوانات بدون مقتضى ، مثال م ٣٥٥ من قانون العقوبات المصري . انظر :

Dr. Mirian DAMASKA, Some remarkes on the Status of the victim in contiental and anglo-American administration of Justice. V th internationla symposium on victimalogy, Zagreb, 1985.

(٩) ومثال ذلك اعادة ١٦٠ فقرة ثالثة من قانون العقوبات المصري .

(١٠) أنظر Dr. BOSKO JAKOVIJEVIG, Types of victims and a concept of victimilogy, Zagreb, 1985.

(١١) أنظر الدكتور العميد محمود نجيب حسني ـ المرجع السابق ـ رقم ٢٧٣ وأنظر كذلك الدكتور محمد صبحي محمد نجم ، رضاء المجني عليه وأثره على المسئولية الجنائية ١٩٧٥ .

(١٢) الدكتور العميد نجيب حسني ـ المرجع السابق رقم ٢٧٤ . وكذلك بحث سيادته في «الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكفلها له لقانون العقوبات ـ مجلة القانون والاقتصاد السنة ٢٩ ص ٥٦٥ وما بعدها » .

(١٣) أنظر رسالة أنطوان فهمي في رضاء المجني عليه:

Antoun FAHMY ABDOU le constentement de ld victime 1971 P. 104 et 5.

(١٤) أنظر الأستاذ أحمد فتحي سرور ـ الوسيط في قانون العقوبات الجزء الأول ـ القسم العام ١٩٨١ ـ دار النهضة العربية. ص ٤٠٤ وما بعدها.

(١٥) أنظر الأستاذ الدكتور العميد نجيب حسني ـ المرجع السابق ص ٢٤٨.

(١٦) أنظر:

N. HINDAWY, Essai d'une thèorie dénérale de la justigication, étude comparee. Thèse Rennes, 1979.

(١٧) أنظر الدكتور العميد محمود نجيب حسني ـ الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكفلها له قانون العقوبات ـ مجلة القانون والاقتصاد ١٩٥٩ ص ٥٢٩ وما بعدها. وكذلك تقرير سيادته عن المسئولية الجنائية للأطباء والمقدم إلى مؤتمر الطب والقانون جامعة الاسكندرية سنة ١٩٧٤.

(١٨) أنظر الدكتور العميد محمود مصطفى ـ مسئولية الأطباء والجراحين الجنائية المنشور في مجلة القانون والإقتصاد ١٩٤٨ ص ٢٨٠.

(١٩) الدكتور العميد نجيب حسني ـ شرح قانون العقوبات ـ السابق الإشارة إليه ص ١٧٤، ص ١٧٥.

(٢٠) يلاحظ أن هناك جرائم تتطلب شكوى من المجني عليه لامكانية تحريك الدعوى الجنائية فيها، وبالتالي يجوز للمجني عليه في هذه الجرائم عدم تحريكها، أو التنازل عن الشكوى والعفو عن الجاني، بعد ارتكاب الجريمة، وهي حالات استثنائية ينص عليها القانون على سبيل الحصر، مثل جرائم السرقة بين الأصول والفروع والأزواج والزوجات في القانون الجنائي المصري، وجرائم التعدي الخفيف والسب والتحقير في قوانين دولة الإمارات العربية المتحدة. أنظر الدكتور عمر السعيد رمضان مذكرات في قوانين الاجراءات أعدت للتدريس بكلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة.

(٢١) أنظر: EZZAT A. FATTAH, La victime est-elle coupable« les presses de l'universte de Montréal, P. 3 et 5. Quelques problemes posès a la justice pénale par la victimilogie, Renmeinter. de la orimilologie. s. P. 335 et S. et vers une typologie criminologique des victimes, R.R.P.T. 21, T.2 P. 113 et S. et T. 3. P. 193.

ويرى البعض أن علم المجني عليه يجب أن يشتمل على موضوع هام، وهو تعويض المجني عليه والتزام الدولة بذلك إذا لم يكن الجاني والمسئول عن الحقوق المدنية على درجة من الملاءة تسمح لهم بدفع التعويض. أنظر مؤلف الدكتور يعقوب حياتي عن تعويض الدولة للمجني عليه في جرائم الأشخاص، دراسة مقارنة علم المجني عليه. الكويت ١٩٧٨. وفي الواقع نحن من جانبنا نرى أن مسألة حق المجني عليه في التعويض أياً كان أهميته لا يدخل في موضوعات علم المجني عليه، بل يرجع أساساً إلى أحكام القانون المدني في التعويض. والتزام الدولة بذلك لا يكون إلا من باب السياسة التشريعية الحكيمة والتكافل الإجتماعي ولا تدخل في اهتمامات علم المجني عليه، أو علم الاجرام، بل يقتصر الأمر على معرفة دور المجني عليه في ارتكاب الجريمة، وما يترتب على ذلك من آثار في القضية الجنائية.

(٢٢) أنظر عزت عبدالفتاح ـ المرجع السابق ص ٢٤، ص ٢٥.

(٢٣) Von H. HENTIG, the criminel and his Victim, New Haven, Yale University press.

(٢٤) أنظر H.F. ELLEN BERGER, Relations psychologiques entre le criminel et la victime, Revie inter de la criminologie et de la police Technique, 8, 2: P. 103 et s.

(٢٥) أنظر IZZAT A. FATTAH, Le meurture en vue de vol, T. de Maitrise, U. de Montreal, Departement de criminologie, 1965.

(٢٦) هذا لا يمنع من أن ايضاح موقف المجني عليه ومساهمته كانت دائماً تحت نظر القضاة، ويترتب عليها في الكثير من الأحوال تخفيف العقوبة على الجاني إذا كان للمجني عليه دخل في ارتكاب الجريمة.

(٢٧) أنظر الدكتور رمسيس بهنام، علم الإجرام، الجزء الأول، الطبعة الثالثة ١٩٧٠ ص ١٦٠ وما بعدها.

(٢٨) أنظر الدكتور عبدالرءوف مهدي ـ علم الإجرام وعلم العقاب ـ الجزء الأول ـ مطبعة جامعة القاهرة ١٨٧٩ ص ١١٨.

(٢٩) وبناء على ذلك كما أوضح الدكتور عبدالرءوف مهدي في المرجع السابق الإشارة إليه، تحرص بعض الفنادق الكبرى في الولايات المتحدة الأمريكية على وضع لافتة في الغرف تقول: «إذا تبين بعد رحيلك فقد أي شيء، فإن الخادم هو الذي يتحمل المسئولية عن ذلك، وبالتالي قد يفكر النزيل قبل أخذ أي شيء من الغرفة نظراً لأن الخادم الفقير هو الذي سيتحمل النتيجة أي أنه قد حدد له المجني عليه من جراء جريمته، ليكون دافعاً له على عدم ارتكاب جريمة السرقة من منقولات الفندق، أنظر ص ١٨١.

(٣٠) أنظر: R. OTTENHOF, Les aspects de vol dans. les grands magazins, enquete realise a l'universite de Rennes par les etudiants de. D.E.S. de sciences criminelles 1970. Universite de Rennes . France 1970.

(٣١) أنظر الدكتور عبدالرءوف مهدي ـ المرجع السابق ص ١٨٢. وبطبيعة الحال الجاني في جريمة الاغتصاب مسئول عن جريمته سواء كانت المجني عليها إمرأة شريفة، أم غير شريفة، ولكن سلوك المرأة والذي يكون دافعاً للجاني على إرتكاب جريمته يدخل بلا شك في تقدير القاضي عند الحكم بالعقوبة المناسبة، وهذا يوضح دور المجني عليه في ارتكاب الجريمة. أنظر مؤلف الأستاذ الدكتور حسن صادق المرصفاوي ـ المرصفاوي في قانون العقوبات ـ الإسكندرية ـ دار المعارف ١٩٨٥ ص ٩١٧.

(٣٢) أنظر EZZAT A. FATTAH المرجع السابق ص ٢٨، وأنظر كذلك:
J. NOIREL, L'influence de la personnalite de la victime sur la respression exercee a l'encontre de L'agent, Revue Internationale de Droit Pénale. 1930, 1 et 2. P. 187.

(٣٣) أنظر عزت عبدالفتاح المرجع السابق ص ٢٣٢ وما بعدها.

«الندوات والمحاضرات»

تلخيص الدكتور خليفة بابكر الحسن
سكرتير تحرير المجلة *

* مجلة الشريعة والقانون ـ العدد الثاني ١٤٠٨ هـ ـ ١٩٨٨م.



أولاً : الندوات

مقدمـــــة :

حفل العام الدراسي الجامعي ١٤٠٧/١٤٠٨ هـ الموافق ١٩٨٧/١٩٨٨م، بأنشطة علمية وفكرية مكثفة أسهمت بها الكلية في اطار احتفالات الجامعة بمرور عشر سنوات على انشائها . وقد تمثلت تلك الأنشطة في ندوات قدمتها الكلية داخل الحرم الجامعي وأخرى قدمتها لمجتمع دولة الإمارات العربية المتحدة خارج الحرم الجامعي .

وقد اخترنا لهذا العدد ـ من بين تلك الانشطة ندوتين احداهما تمثل النشاط الداخلي، وأخرى تعكس النشاط الخارجي . الندوة الأولى كانت عن :

«حماية المستهلك في الشريعة والقانون»

اشترك في الحديث فيها بعض أعضاء هيئة التدريس من قسم الشريعة، وبعض أعضاء هيئة التدريس من قسم القانون وعقدت مساء يوم الاثنين الموافق ١٩٨٧/١١/٢٣.

والسادة أعضاء هيئة التدريس المشاركون فيها هم:

١ - الأستاذ الدكتور وهبة مصطفى الزحيلي الأستاذ بقسم الشريعة ووكيل الكلية ورئيس اللجنة الثقافية الدائمة بالجامعة.

٢ - الأستاذ الدكتور رمضان السيد علي الشرنباصي - رئيس قسم الشريعة.

٣ - الأستاذ الدكتور أنور محمود دبور. الأستاذ بقسم الشريعة.

٤ - السيد الدكتور محمد أحمد حامد - المدرس بقسم الشريعة.

٥ - الأستاذ الدكتور محمد رياض الخاني - الأستاذ بقسم القانون.

٧ - الأستاذ الدكتور شمس ميرغني علي فراج - الأستاذ بقسم القانون.

وقد غطى الأساتذة المشاركون من قسم الشريعة الجانب الشرعي من الموضوع وعرضوا لحماية الشريعة الإسلامية للمستهلك وأبانوا في ذلك أن حماية المستهلك في الشريعة الإسلامية قديمة ولم تعرف في مرحلة متأخرة كما هو الشأن في القوانين الحديثة التي لم تعرف هذا النوع من المعالجة الا بعد الحرب العالمية الثانية حيث نبهت تلك الحرب بما أحدثت من دمار، وخلفت من آثار اقتصادية سيئة الى ضرورة سن قوانين لحماية المستهلك، وان تلك الحماية في الشريعة تأتي في ظل تنظيم الشريعة العام لشأن الانسان في المعاش والمعاد ثم أفاضوا في الحديث عن جوانب معالجات الشريعة لحماية المستهلك بتفصيل نوجزه فيما يلي:

١ - تحريم الإسلام للتعامل في الأطعمة الفاسدة والخبيثة والمحرمات محافظة على صحة الناس ونفوسهم.

٢ - ارساء الشريعة الإسلامية لمبدأ ضرورة مراقبة السلع والأسواق في ظل نظام الحسبة الإسلامي.

٣ - تحريم الإسلام للغش والغبن والتغرير، وشرعه للاقالة والخيارات ووسائل ضمان العيوب.

٤ ـ تحريم الإسلام للاحتكار واجازته للتسعير عند الضرورات.

٥ ـ تحريم الإسلام للربا والإستغلال بكافة ضروبه وأنواعه.

٦ ـ بث الإسلام للأخلاق الفاضلة وتنشئة المجتمع عليها بطريقة تحجزه عن الاضرار الذي يمكن أن يلحق بالمستهلكين.

كما تناول أساتذة قسم القانون الجانب القانوني وبشكل خاص حماية المستهلك في قوانين دولة الإمارات العربية المتحدة على الصعيدين المدني والإداري وعلى الصعيد الجزائي أيضاً.

وقد بينوا أن موضوع حماية المستهلك كان من بين الموضوعات التي لقيت اهتماماً من الدولة سواء من الناحية الوقائية أم من الناحية الجزائية حيث صدر القانون الاتحادي رقم (٤) لسنة ١٩٧٩ في شأن قمع الغش والتدليس في المعاملات التجارية فضلاً عن صدور عدد من القواعد اللائحية للتفتيش والرقابة على الأغذية والمنتجات المحلية منها والمستوردة الغرض منها المحافظة على صحة الناس وسلامتهم.

كما ان القانون الاتحادي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ في شأن المعاملات المدنية يعالج حماية المستهلك من خلال قواعد المسئولية المدنية العقدية والتقصيرية بشكل عام.

أما من الناحية الادارية فقد اشار المشاركون إلى أن الادارة في دولة الإمارات العربية المتحدة ادارة تهدف للخير كما انها تملك افضل الأساليب وأحدثها لاشاعة هذا الخير، ومن ذلك ما تنهض به من:

١ ـ رقابة على المواد الغذائية تأخذ بعدها التشريعي في القانون الاتحادي رقم (٤) لسنة ١٩٧٩ الخاص بمنع الغش والتدليس في المعاملات والتجارية والذي صدرت له لائحة تنفيذية تتضمن العديد من الفصول التي تعالج موضوع حماية المستهلك.

٢ ـ انشاء الأمانة العامة للبلديات بموجب قرار المجلس الأعلى للاتحاد رقم (٢٢) لسنة ١٩٨٠ القاضي بانشاء الأمانة المذكورة التي تضطلع بمهمة توحيد النظم والتشريعات المطبقة في البلديات، وتنهض بتوفير الخدمات وحماية المستهلك واعداد الدراسات الخاصة بذلك بالاضافة الى الأعمال العديدة التي تقوم بها في هذا الصدد.

٣ ـ البدء في خطوات قيام جمعية الإمارات لحماية المستهلكين، والتي تتمثل أهدافها في كشف أساليب الغش التجاري وحماية حقوق المستهلكين والدفاع عنها ومراقبة جودة السلع واسعارها، واتخاذ اجراءات الاختبارات للسلع للتأكد من صلاحيتها الخ، اهدافها المنصوص عليها.

٤ ـ مساهمة البلديات في التنمية العمرانية الهائلة في دولة الإمارات المتمثلة في سبل حماية الانشطة التنموية والعمرانية والزراعية والاجتماعية والصحية والترويحية، ومراقبة

منح الرخص التجارية والمهنية والصناعية بالاضافة الى القيام بتوعية المواطنين وارشادهم صحياً واصدار الشهادات الصحية للمتعاملين مع الجمهور في بيع الأغذية وتوزيع أكياس المخلفات التي تقوم سيارات البلديات بتجميعها يومياً والزام اصحاب المصانع بتركيب «فلاتر» لتنقية الغازات المتصاعدة منها للتقليل من حدة التلوث هذا فضلاً عن تنظيم البلديات بقواعد تشريعية اسعار السلع المعيشية الرئيسية واسعار بيع الخبز ومواصفاته، وتسعير المواد الغذائية، وتنظيم الذبح وتوزيع اللحوم بالمسالخ، وتنظيم استعمال الموازين والمكاييل والمقاييس.

هذا وبالله التوفيق.

الندوة الثانية
عن
«مكافحة الغش في الشريعة والقانون»

كان من المقرر تقديم هذه الندوة بجمعية الحقوقيين بالشارقة، في شهر فبراير ١٩٨٨، وكلف بالاشتراك فيها:

١ ـ الأستاذ الدكتور رمضان السيد علي الشرنباصي رئيس قسم الشريعة.

٢ ـ الأستاذ الدكتور فتحي عبدالرحيم عبدالله الأستاذ بقسم القانون، غير أن الندوة لم تقم لظروف طارئة.

وقد رأت هيئة تحرير المجلة أن تقدم ملخصاً للندوة أعده المشتركان فيها:

١ ـ الملخص الأول الذي أعده الأستاذ الدكتور رمضان.

٢ ـ الملخص الثاني الذي أعده الأستاذ الدكتور فتحي.



خلاصة محاضرة
عن مكافحة الغش في الشريعة الإسلامية

للاستاذ الدكتور
رمضان علي الشرنباصي
رئيس قسم الشريعة الإسلامية
بجامعة الإمارات العربية المتحدة

مكافحة الغش في الشريعة الإسلامية

بداية قبل الخوض في الموضوع والاسترسال فيه أود أن أنبه إلى:

أن ضابط الغش: هو أن يشتمل المبيع على نقص لو علم به المشتري لما أقدم على العقد. وكل ما كان كذلك يكون غشاً محرماً.

وقد حرمه الإسلام، لقطع دابر النزاع بين الناس وللمحافظة على أموال الناس واستقرار المعاملات واخلاء المجتمع من الفساد.

ومن المعلوم أن الفقه الإسلامي نظم أحوال الإنسانية في المعاش والمعاد (أي في الدنيا والآخرة). ومن يك في مرية من ذلك فليراجع نفسه وليصحح عقيدته.

ومن المقرر كذلك. أن الشريعة حافظت على المقاصد الضرورية الخمسة (وهي حفظ النفس والعقل والدين والعرض والمال).

ومن المحافظة على المال تحريم الغش ومكافحته. لأنه يؤدي إلى ضياع المال بدون وجه مشروع. وقد عالجت الشريعة الغش بعدة طرق أذكر منها ما يلي:

أولاً ـ الوقاية منه قبل وقوعه:

أ) فالإسلام يوجه النفس الإنسانية نحو الإلتزام بشرع الله والإستقامة على طريق الحق وهذا منجاة للإنسان من والوقوع في الخطأ.

فيقول الله تعالى: ﴿وأن هذا صراطي مستقيماً فاتبعوه ولا تتبعوا السبل فتفرق بكم عن سبيله ذلك وصاكم به لعلكم تتقون﴾. (سورة الأنعام آية ١٥٣).

ويقول الله تعالى: ﴿ولو أن أهل القرى آمنوا واتقوا لفتحنا عليهم بركات من السماء والأرض ولكن كذبوا فأخذناهم بما كانوا يكسبون﴾ (سورة الأعراف ٩٦).

فالإستقامة على طريق الحق والإلتزام بمنهج الله. يعصم الإنسان من الوقوع في الغش وغيره.

ويقول الرسول الكريم ـ صلى الله عليه وسلم ـ: «تركت فيكم أمرين لن تضلوا أبداً كتاب الله وسنتي». فالمسلم الذي يعيش في هذا المناخ الإسلامي يسمع كلام الله وكلام رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ ويتأثر وينفعل بهما أظن أنه بالطبع ينأى بنفسه عن طريق الغش.

ويقول أيضاً ـ صلوات الله وسلامه عليه ـ: «التاجر الصدوق يحشر مع النبيين والصديقين والشهداء» فمن كانت هذه منزلته هل يقدم على الغش.

ويحكم رسول الله على الغاش بإخراجه من الجماعة لأنه مفسد ومسبب للاضطراب في المجتمع والأمة وهذا أكبر زجر وردع له حيث يقول رسول الإسلام «من غشنا فليس منا».

فالنفس البشرية السوية المستقيمة المعتدلة لا تقدم بحال على الغش طالما هذا هو حظها من العقاب.

ب) أنه لا يجوز شرعاً الإقدام على أي عقد أو معاملة إلا إذا كان المتعاقد عالماً بأحكامها ما يحل منها وما يحرم (أي عالماً بالفعل فان كان جاهلاً فليسأل العلماء).

ومن هنا قال سيدنا رسول الله لرجل أراد أن يتاجر أفقهت في دين الله فقال الرجل أوكل هذا يا رسول الله، فقال له الرسول: ويحك الفقه ثم المتجر وقد قال سيدنا عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ لا يتجر في سوقنا إلا من تفقه في دينه وإلا وقع في المحرمات وارتكب المحظورات. وعلى هذا الأساس قال الفقهاء: ان العقود ما هي إلا مجرد وسائل لادخال الفرد تحت أحكام شرعية معينة بقصد احترام النظام وتقديره (وهو تحقيق مقصود الشارع في الخلق بجلب المصالح لهم ودرء المفاسد عنهم).

أما بعد وقوع الغش، فتكون مكافحته بما يأتي:

أولاً: أنه لا ضرر ولا ضرار في الإسلام فأي معاملة يترتب عليها ضرر فهي ليست من الإسلام ويجب رفعها وعلى هذا الأساس قال الفقهاء: الضرر يزال.

ويقول الله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾.

وعلى هذا فأي معاملة تؤدي إلى أكل أموال الناس بالباطل تكون منهياً عنها بمقتضى هذا النص وعليه قال بعض الفقهاء: «النهي في المعاملات يقتضي الفساد» ومن هنا كره الإسلام الغبن والتغرير في المعاملات.

والمناسبة الآن تدعونا إلى الكلام عن الغبن والتغرير.

والغبن في العقود:

والغبن عند الفقهاء: أن يكون أحد العوضين غير متماثل مع الآخر في القيمة. وهو نوعان: (يسير وفاحش).

أما اليسير فهو ما يدخل تحت تقويم المقومين (أي أهل الخبرة) كأن تشتري شيئاً بمائة فيقدره واحد بـ ٩٥ وآخر ٩٠ وآخر ٩٩ وهكذا.

والغبن اليسير لا أثر له على العقد لأنه يغتفر في المعاملات ويتسامح فيه لكثرة وقوعه في الحياة العملية ولا يمكن تجنبه إلا أن الحنفية استثنوا أموراً ثلاثة: هي تصرفات المريض مرض الموت وتصرفات المدين وإذا باع الوصي شيئاً من مال الصبي. فالعقد في كل هذه الحالات موقوف.

أما الغبن الفاحش: فهو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين من أهل الخبرة (وهو يؤثر في رضا العاقد فيزيله وله الحق في فسخ العقد. على خلاف بين الفقهاء).

١ ـ فقال الحنفية الغبن الفاحش لا أثر له على العقد إلا إذا صاحبه تغرير واستثنوا من ذلك: بيع أموال بيت المال (الخزانة العامة للدولة)، ببيع المال الموقوف ببيع أموال المحجور عليه لسفه أو صغر أو جنون صيانة لهذه الأموال.

٢ ـ وقال المالكية البيع صحيح مع الحرمة.

٣ ـ وقال الشافعية: لا أثر للغبن الفاحش على العقود مطلقاً صاحبه غبن أو تغرير أم لا؟

لأنه بيع عن تراض ولأنه مقصر بعدم السؤال حتى وقع في الغبن وإلا لما وقع.

٤ ـ وقال الحنابلة: لا أثر للغبن الفاحش على العقد إلا في أمور ثلاثة: بيع الاستئمان ـ وبيع النجش وبيع الركبان[١]، وللمدلس عليه خيار العقد.

التغرير:

وهو اغراء العاقد وخديعته ليقدم على العقد ظاناً أنه في مصلحته والواقع خلاف ذلك. وهو أنواع: تغرير فعلي وتغرير قولي. تغرير كتمان الحقيقة (تدليس).

١ ـ التغرير الفعلي: هو احداث فعل في المعقود عله ليظهر بصورة غير ما هو عليه بقصد الإيهام كطلاء الأثاثات والفرش القديم والسيارات القديمة لتظهر أنها حديثة. وكالمصراة المعروفة في الفقه الإسلامي[٢] لقوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ: «لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد فهو بخير النظرين إن شاء أمسكها وإن شاء ردها ورد معها صاعاً من تمر».

٢ ـ التدليس القولي: الكذب الصادر من أحد العاقدين أو من يعمل لحسابه حتى يحمل المتعاقد الآخر على العقد فيقول له ـ مثلاً ـ هذا الشيء أجنبي وليس بمحلي وكالاعلانات الكاذبة والواقع يكذب ذلك.

وحكم هذا النوع انه حرام وغش ومنهي عنه وكذب ولكنه لا يؤثر في العقد إلا إذا أصابه غبن فاحش.

٣ ـ التدليس: بكتمان العيب: وهو اخفاء العيب في أحد العوضين كأن يكتم البائع عيباً في المبيع كتصدع في الجدار وطلائه بالدهان. وهذا حرام شرعاً باتفاق الفقهاء لقوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ: «لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً وفيه عيب إلا بينه له». وقوله ـ عليه الصلاة والسلام ـ «من غشنا فليس منا». ويثبت فيه للمدلس عليه ما يعرف بخيار العيب وهو اعطاؤه حق الخيار. وهو ما يستدعي قوله: محاربة الغش عن طريق الخيارات في العقود.

والخيارات في العقود خير علاج لرد الغبن على صاحبه فالغاش لو أيقن ذلك لما غش لأنه سيعلم أن الإسلام أعطي للمضرور خيار العقد فسعيه مردود عليه.

والخيار عند الفقهاء: أن يكون لأحد العاقدين أو لكليهما الحق في امضاء العقد أو فسخه وقد شرعت الخيارات في العقود على خلاف مقتضى العقد لأن الأصل في العقد أن يكون لازماً، لا خيار فيه، ضماناً لاستقرار المعاملات والعقود بين الناس.

ولتحقيق كمال الرضا بين المتعاقدين والتأكد من سلامته وابتنائه على أساس سليم ولأنه قد يكون العاقد قليل الخبرة في التعامل فيقدم على شراء السلعة من غير أن تتاح له فرصة التروي والمشاورة خوفاً من فوات السلعة فيلزم أن يكون له حق الخيار حتى لا يقع في الضيق والحرج.

وقد يشتري الشخص شيئاً قبل أن يراه لضرورة دعته الى ذلك معتمداً على وصف الغير له حتى إذا ما رآه وجده على غير ما ارتسم لنفسه فلا يتحقق عنده رضاه به فيحتاج الى مشاورة نفسه في إمضاء العقد أو فسخه.

وقد يجد الانسان في محل العقد عيباً على غير ما اشترط وهو ما رضيه إلا سالماً فجعل الخيار حماية له.

وهذه الخيارات منها:

١ ـ ما يثبت باشتراط الشرط وهو خيار الشرط.

٢ ـ ومنها ما يجب بايجاب الشارع له وهو خيار العيب والمصراة.

٣ ـ ومنها ما يثبت بالقياس على القواعد العامة كخيار التغرير.

محاربة الغش عن طريق نظام اسلامي يسمى الحسبة (الرقابة الادارية).

الحسبة: وظيفة دينية تقوم على فكرة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

والأصل فيها: أن الناس جميعاً مخاطبون بهذا الأصل لقوله تعالى: ﴿كنتكم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر». وقوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ: «من رأى منكم منكراً فليغيره بيده فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلبه وهذا أضعف الإيمان».

إلا أنه اختص في بعض العصور الإسلامية موظف خاص يسمى بالمحتسب اذا كان

معيناً من ولي الأمر . أما المتطوع بالحسبة فهو الذي يقوم بها دون تكليف .

وكان رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ في صدر الإسلام يقوم بدور المحتسب فقد ثبت أن رسول الله كان يتفقد الأسواق فمر على رجل وهو يبيع الطعام فقال: أصابته السماء فقال أفلا جعلته فوق الطعام حتى يراه الناس «من غشنا فليس منا»[٣] .

وقد ثبت أن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ عين عمالاً في أسواق مكة والمدينة وفعل سيدنا عمر ـ رضي الله عنه ـ ذلك .

والحسبة نظام إسلامي شأنه الإشراف على المرافق العامة في الدولة وتنظيم العقاب للمذنبين وهو اليوم من اختصاص السلطات العامة وهي مزيج من رجال الشرطة ورجال القضاء ورجال النيابة والرقابة الادارية ووزارة الصحة .

ومهامها كثيرة جداً . مراقبة الأسواق وأهل الصناعات والحرفيين وكشف غشهم وكان من آثار هذا كله منع الغش بقدر الإمكان .

والمحتسب يشترط فيه أن يكون عادلاً خبيراً ذا رأى وصرامة وخشونة في الدين وعلم بالمنكرات الظاهرة .

فهو غير القاضي لأن شروط تولية القاضي خلاف ذلك وللمحتسب أن يستعين بخبير يعاونه في كشف الغش .

محاربة الغش عن طريق التعزير :

ويمكن أن يعاقب الناس بأي عقوبة تعزيرية . كاخراجه من السوق . أو التشهير به أو التوبيخ . لأن التعزير هو التأديب على ذنوب لم يشرع لها حد ولا كفارة أي لم يشرع لها عقوبة مقدرة ، ولا كفارة .

مراجع البحث: جميع كتب الحسبة لابن تيمية وابن القيم وابن الاخوة الاقتصاد محمد أحمد صقر . حاشية ابن عابدين ، حماية المستهلك للمحاضر .



مكافحة الغش في الشريعة والقانون

ملخص الندوة التي نظمت بمعرفة جمعية الحقوقيين بالشارقة

فبراير ١٩٨٨

ثانياً ـ في القانون

بقلم :
أ . د . فتحي عبدالرحيم عبدالله
أستاذ القانون المدني بكلية الشريعة والقانون
جامعة الإمارات العربية المتحدة



بسم الله الرحمن الرحيم
محاربة الغش في الأعمال القانونية

تقديم:

موضوع محاربة الغش في المعاملات له أهمية معتبرة غير منكورة سواء بالنسبة للأفراد أم الجماعة، غير أنه واسع متعدد الجوانب مختلف في الطرق والوسائل، ولا يمكن أن يعالج في بحث واحد أو ندوة واحدة. لذلك سنتخير جانباً من جوانبه ليكون محلاً لهذه الدراسة.

وبادىء ذي بدء نستبعد من من نطاق بحثنا الكلام عن مكافحة الغش عن طريق القوانين التي يقصد بها ردع الغش المادي أو غيره في البضائع أو أغذية الانسان أو الحيوان والعقاقير الطبية أو الحاصلات الزراعية أو منتجات طبيعية أخرى أو أية مواد أخرى معدة للبيع وهي القوانين الجزائية التي تجازي الغش أو التدليس في المعاملات التجارية كالقانون الاتحادي رقم (٤) لسنة ١٩٧٩ بشأن قمع الغش والتدليس كما نستبعد من نطاق بحثنا القواعد والاجراءات الادارية والمعايير والمواصفات التي تطلبها الادارة في السلع والخدمات التي تطرح للجمهور والتي يقصد بها منع الغش والضرر بمصلحة الناس قبل وقوعه.

وما نقصد التعرض له هنا محاربة الغش في الأعمال والتصرفات القانونية بوسائل القانون الخاص، ونقسم دراستنا الى مبحثين:

المبحث الأول: نتساءل فيه هل توجد نظرية عامة لمحاربة الغش وما هي تطبيقاتها.

المبحث الثاني: نتكلم فيه عن تطبيق خاص للغش في الغبن الموصوف (الغبن المصحوب بالتغرير) والاستغلال.

المبحث الأول

النظرية العامة للغش وتطبيقاتها

تعريف الغش: جاء في المعجم الوجيز التعريف بالغش في اللغة كالآتي: غش صاحبه ـ غشا أي زين له غير المصلحة وأظهر له غير ما يضمر ـ أما معنى الغش قانوناً فلم تتعرض له نصوص القانون وان كانت قد أوردت له تطبيقات عديدة تاركة أمر ذلك للفقه على اعتبار أن وضع التعريفات من عمل الفقه.

ويقصد بالغش في القانون استعمال الحقوق لتحقيق هدف غير مشروع، كما يعرف بأنه تحايل من المتعاقدين على القواعد القانونية سعياً وراء هدف مخالف للقانون. والغش بالتحايل على القانون قد يمس المصلحة العامة عندما يتجه للإضرار بحقوق الجماعة، مثل الغش الضريبي، كما قد يمس المصالح الشخصية للمتعاقدين أنفسهم أو الغير، وهو يجازي دائماً في حالة عدم وجود نص خاص بالبطلان المطلق في مواجهة مرتكب الغش وشريكه.

Mazeaud. Leçon de droit civil, 6 ème éd. II vol. 1, No. 306

والغش في العقد بنوع خاص كما يقول أستاذنا الدكتور السنهوري ينطوي على صور مختلفة. فيقصد به تارة الاضرار بأحد المتعاقدين، كما في التدليس والاستغلال، ويقصد به طوراً الاضرار بالغير، فيحتفظ باسم الغش. والغير اما أن يكون دائناً لأحد المتعاقدين، كما في الدعوى البوليصية ودعوى الصورية، وأما أن يكون غير دائن يريد المتعاقدان الحاق الضرر به بمحاولتهما التملص من واجب عليهما نحوه، كعقد بيع يذكر فيه ثمن أكثر من الحقيقة لمنع الشفيع من الأخذ بالشفعة، أو أقل من الحقيقة للانتقاص من رسوم التسجيل المستحقة.

مفهوم النظرية العامة لمكافحة الغش في الأعمال والتصرفات القانونية وتطبيقاتها:

صيغت النظرية العامة للغش في الفقه الفرنسي في المبدأ القائل Fraus Omania Corrunpit ويمكن أن تترجم بأن الغش يفسد كل أمر أو الغش يبطل التصرفات، وهي قاعدة غير مستمدة من القانون الروماني ولم تأت قواعدها من

القانون الفرنسي القديم ولكنها مستمدة من الاخلاق وطبقت منذ القرن الرابع عشر، وبها أمكن محاربة الغش في الأعمال والتصرفات القانونية ورد قصد مرتكب الغش وافساد هدفه غير المشروع . Mazeaud, Op. Cit .

والغش كما قال النائب العام Besson في مذكراته أمام دوائر محكمة النقض مجتمعة (٢١ مايو ١٩٥٢) يفسد كل أمر Fait échec à toutes les regles ذلك لأن فيه انكاراً لواجب الاخلاص والثقة الذي يعتبر جزءاً من الرصيد الدائم للطبيعة الانسانية. ويشكل الحقيقة المفترضة في كل الأعمال القانونية، كما أن الغش فيه اخلال بالالتزام القانوني باتخاذ الحيطة في عدم الإضرار بالغير، فهو عمل غير مشروع في ذاته.

والغش لا يفسد العقود فحسب (مثل ورقة الضد التي تخفي جزءاً من الثمن، أو البيع الذي أبرم اضراراً ببيع سابق غير مشهر) ولكن كل الأعمال القانونية وحتى الاجراءات. ويلاحظ أن القضاء في فرنسا لا يطبق مبدأ Fraus Omania Corrumpit إلا إذا لم يوجد سبب آخر للبطلان أو نص خاص.

تطبيقات نظرية الغش:

أورد القانون المدني الفرنسي تطبيقاً عاماً لنظرية الغش في المادة ١٣٥٣ التي يجري نصها كالآتي: يكون الاثبات حراً في كل مرة يتعلق الإثبات بغش يعيب العقد.

. La Preuve est libre cahque fois qu'il s'agit d'etablir «La Fraude» qui vicie un acte.

وعندنا في قانون البينات لسنة ١٩٧١ والمعمول به في رأس الخيمة ودبي والشارقة في المواد المدنية والتجارية، ورد تطبيق مماثل في المادة ٢٠ التي تقضي بأنه «يجوز الاثبات بالشهادة في الالتزامات التعاقدية حتى ولو كان المطلوب تزيد قيمته على ألف درهم...

٤ ـ إذا طعن في العقد بأنه ممنوع بالقانون أو مخالف للنظام العام والآداب. وبالتالي فاثبات الغش في التعاقد يثبت بكافة طرق الاثبات مهما كانت قيمة التصرف باعتباره مخالفاً للنظام العام والآداب.

ومن تطبيقات نظرية الغش في قانون المعاملات المدنية الغبن والتغرير (التدليس) (المواد ١٨٥ ـ ١٩٩٢) والاستغلال (م ٥٧٤) وان كانا متميزين عن الغش في القاعدة العامة إلا أنهما يعتبران من تطبيقاته، اذ أنهما يقعان في مرحلة المفاوضات الأولية لتكوين العقد، أما الغش فقد يقع بعد تكوين العقد أو خارج دائرة التعاقد. ومن ذلك أيضاً نص المادة ٣٨٣ التي تجعل المدين مسئولاً في جميع الأحوال عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم، معنى ذلك بطلان الاتفاق على التخفيف أو الاعفاء من المسئولية في حالة الغش، كما ان كل اتفاق يقضي بالاعفاء من ضمان التعرض أو العيب يقع باطلاً إذا كان المؤجر قد أخفي عن غش سبب الضمان (م ٧٧٥).

واذا كان الأصل في المسئولية العقدية ألا يصلح التعويض سوى الضرر المتوقع إلا أنه

في حالة الغش يصلح التعويض الضرر المتوقع وغير المتوقع، كما لو تعمد المدين عدم الوفاء بالالتزام، أو تعمد التأخر في تنفيذ العقد، فإنه يكون في هذه الحالة قد خرج على حسن النية الواجب مراعاته في تنفيذ العقد عملاً بالمادة ١/٢٤٦ معاملات.

وإذا كان الأصل في تقدير التعويض أن يكون مساوياً للضرر (م ٣٨٩)، إلا أنه إذا كان ثمة غش يتنافى مع حسن النية الواجب مراعاته في تنفيذ العقد فان القاضي يراعيه في تقدير التعويض، وقد نصت على ذلك المادة ٨٥ معاملات بقولها: «إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ حدد القاضي مقدار التعويض الذي يلزم به المدين مراعياً في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن **والعنت الذي بدأ من المدين**».

وتطبيقات نظرية الغش لا تدخل تحت حصر خاصة منهما المعمول فيها بمبدأ الغش يفسد كل أمر fraus omnia corrumpit في حالة عدم وجود سبب آخر للبطلان أو نص خاص، ففي كل حالة يتضمن فيها الغش عنصراً ارادياً، هو نية الاضرار بالغير اخلالاً بالالتزام القانوني المفروض على الكافة بعدم الاضرار بالغير (م ٢٨٢ معاملات)، أو يتضمن انكاراً لواجب الاخلاص والثقة المفترض وجوده في كل الأعمال القانونية، أو يتضمن تحايلاً على القانون بقصد التهرب من أحكامه الآمرة، كل ذلك يعطي مجالاً لأعمال جزاء الغش.

جزاء الغش:

ونظرية الغش تهدف أساساً إلى أن ترد على مرتكب الغش قصده، وتحمي مصلحة الجماعة أو المصلحة الفردية التي أضيرت من الغش، ولذلك يختلف جزاء الغش باختلاف صوره. وهو في حال يوجب التعويض سواء في العقد أو في غير العقد متى أحدث ضرراً باعتباره في ذاته عملاً غير مشروع «أنظر السنهوري الوسيط الجزء الثاني ص ١٠٣٤ وما بعدها والمراجع الفرنسية المذكورة في الهامش خاصة منها ريبير في القاعدة الأخلاقية ص ١٥٧ وما بعدها».

وقد يكون جزاء الغش في العقد تارة البطلان، كما في شروط الاعفاء من المسئولية وتارة عدم اللزوم، (القابلية للفسخ أو الابطال) ـ كما في الغبن الموصوف أو الاستغلال ـ (الغبن المصحوب بالتغرير) عند تكوين العقد، وطوراً تعويضاً كما في التدليس عند تنفيذ العقد اخلال بواجب تنفيذ الالتزام بطريقة تتفق وحسن النية، وثالثة يكون عدم نفاذ العقد في حق الغير كما في الدعوى البوليصية، ورابعة يكون رد الشيء إلى حقيقته كما في الصورية. وفي جميع الأحوال إذا كان المقصود بالغش المساس بالمصلحة العامة أو التحايل على نصوص القانون الا مرة للتهرب من أحكامها فيكون الجزاء هو البطلان اذا لم يوجد سبب آخر للابطال أو جزاء خاص.

وقد قررت القوانين الحديثة وسيلة عامة يمكن بها محاربة الغش وتوقيع الجزاء المناسب باجازتها اثبات التصرف بكافة طرق الاثبات ولو كان واجب الاثبات أصلاً بالكتابة اذ تعلق به غش يعيب العقد.

المبحث الثاني
تطبيق خاص للغش في الغبن الموصوف (الغبن المصحوب بالتغرير) والاستغلال:

تقديم:

عالج قانون المعاملات المدنية التغرير والغبن كنظام مقابل للتدليس والاستغلال في القوانين العربية. والتغرير في فقه الشريعة الإسلامية هو ما يجعل العاقد في حال يعتقد معها أنه أخذ الشيء بقيمته والحقيقة غير ذلك. وعرفت المادة ١٨٥ من قانون المعاملات المدنية التغرير على نحو يقارب نظيره التدليس في فقه القانون بقولها: «التغرير هو أن يخدع أحد المتعاقدين الآخر بوسائل احتيالية قولية أو فعلية تحمله على الرضا بما لم يكن ليرضى به بغيرها (قارن مؤلفنا شرح عام (١٩٨٧/٨٦) النظرية العامة للالتزامات وفقاً لقانون المعاملات المدنية (عيوب الرضا) مذكرة على الآلة الناسخة.

ويفهم من مجموع النصوص المنظمة للتغرير (م ٨٦ و١٨٧) أن التدليس في قانون المعاملات المدنية، وان لم يحمل هذا المسمى، يشترط لتوافره نفس الشروط المأخوذ بها في القوانين العربية المقارنة ويواجه اختلال التوازن العقدي بتحقيق غبن فاحش لمن غرر به، أما الجزاء فهو جواز تمسك من غرر به بفسخ العقد، وكما نعلم أن الفسخ في فقه القانون هو جزاء الاخلال بتنفيذ التزام عقدي، والبطلان هو جزاء تخلف ركن في العقد أو شرط من شروط صحته، غير أنه في فقه الشريعة الإسلامية يستعمل اصطلاح الفسخ كجزاء لتخلف بعض شروط صحة العقد، بمعنى انحلال الرابطة العقدية بناء على طلب من تعيبت ارادته، والأمر لا يختلف من الناحية الواقعية عن البطلان النسبي أو القابلية للأبطال الذي يقرره فقه القانون كجزاء للتدليس فهو يؤدي الى انحلال الرابطة العقدية واعتبارها كأن لم توجد أصلاً بناء على طلب من تعيبت ارادته.

الاستغلال والغبن المصحوب بالتغرير:

وفي رأينا أن نصوص التغرير والغبن (م ١٨٥ الى ١٩٢) كما واجهت التدليس المعروف في القوانين الحديثة بشروط مماثلة وجزاء مماثل، فإنها يمكن أن تواجه الغبن

الموصوف (الاستغلال) المعروف في القوانين الحديثة وان اختلف فيها الجزاء ويمكن أن نطلق عليه الغبن المصحوب بالتغرير أو الموصوف.

فالتغرير يدنو في جوهره من الاستغلال، حيث يلجأ المدلس الى حيلة تعمي المتعاقد على الحقيقة فيضل ويتعاقد على غير هدى، إما لطيشه أو هواه أو عدم خبرته أو ضعف ادراكه، اذ عيوب الإرادة تجمع بينها فكرة مشتركة بحيث يصعب فصل واحد منها عن غيره من العيوب فصلاً تاماً. فما تتأثر به الإرادة في الاستغلال لا يختلف في جوهره عما تتأثر به في العيوب الأخرى (راجع المذكرة الايضاحية لنص المادة ١١٦ من مشروع قانون المعاملات المدنية المصري).

بل انه يمكن القول ان الغلط في القيمة على النحو الذي يعرفه الفقه الإسلامي انما ينطوي على استغلال العاقد المغبون في عدم خبرته. ففي المذهب الحنفي يقول الحموي في غمز البضائر (ج٢ ص ١٩٥) «خيار الغبن يثبت في صورة الوكيل والوصي، وفي صورة تغرير البائع المشتري، بأن كان المشتري غبياً لا يعرف فقال البائع اشتر بهذا الثمن فانه يساويه فاشتراه مغتراً بقوله فله خيار الغبن» (المرجع السابق).

وفي المذهب الحنفي أيضاً قد يستغل العاقد المغبون في حاجته الملحة اذا كان مضطراً الى التعاقد، وهذا هو بيع المضطر وشراؤه (ابن عابدين جـ ٤ ص ١٤٦): «بيع المضطر وشراؤه فاسد وهو أن يضطر الرجل الى طعام أو شراب أو لباس أو غيرها، ولا يبيعها البائع إلا بأكثر من ثمنها بكثير ...».

يستخلص مما تقدم ان الغبن المصحوب بالتغرير هو في مضمونه الاستغلال المعروف في القوانين العربية ويقوم بوظائفه في دفع الغش وحماية الثقة المشروعة في المعاملات والمحافظة على العدالة وان كان جزاءه كما سنرى مختلف.

التعريف بالغبن والاستغلال في فقه القانون:

الغبن هو الضرر الذي يتحمله المتعاقد في عقد معاوضة نتيجة عدم تعادل الالتزامات المتقابلة وقت ابرام العقد. أما الاستغلال فهو ان يستغل أحد المتعاقدين عوز المتعاقد الآخر أو طيشه أو عدم خبرته، استغلالاً من شانه الاخلال بالتعادل في العقد الى حد فادح أو ظاهر. وعدم التعادل بين ما يبذله العاقد وما يأخذه، اذا نظرنا إليه من الناحية المادية على أساس معيار عادل وفقاً لرقم معين، نكون أمام الغبن، والتشريعات التي يسيطر عليها مبدأ سلطان الإرادة والحرية العقدية كالقانون الفرنسي لم تر في الغبن بهذه الصورة سبباً لابطال العقود إلا في أحوال استثنائية أهمها حالة القاصر المغبون وبائع العقار المغبون. وكان هذا أيضاً موقف القانون الروماني والقانون المدني المصري القديم.

أما التشريعات التي تأخذ بفكرة التضامن الاجتماعي ومبدأ الثقة المشروعة في المعاملات، وان كانت تأخذ بفكرة عدم التعادل في الالتزامات المتقابلة باعتبار قيمة الشيء المادية في حالات استثنائية إلا أنها تأخذ بهذه الفكرة أيضاً بوجه عام في كافة العقود منظوراً إليها من الناحية النفسية أي على أساس معيار شخصي بالنظر الى ظروف المتعاقد الشخصية، وهذه هي نظرية الاستغلال، وانتصر للاتجاه الأخير معظم القوانين العربية، ومنها القانون الأردني وقانون المعاملات المدنية في دولة الإمارات رغم عدم استعمالها مصطلح الاستغلال، وعلى أساس ان الاستغلال من عيوب الرضا.

وفي القانون الانجليزي والسوداني الحالي، نجد أن فكرة النفوذ غير الواجب أو النفوذ الأدبي وبعبارة أخرى الإكراه المعنوي بمعنى استغلال المتعاقد ما في الطرف الآخر من نقص اجتماعي أو نفسي أو اقتصادي بحيث يستطيع السيطرة على تفكيره بدرجة تجعل ارادته غيرة حرة مختارة، فان هذه الفكرة تحقق نفس الأهداف التي تحققها فكرة الاستغلال، وهي حماية الثقة المشروعة في المعاملات والمحافظة على العدالة في العلاقات العقدية. ويتميز القانون الانجليزي بالآتي:

١ ـ أنه لم يضع قائمة يحصر فيها أوجه النقص والضعف التي قد تكون في المتعاقد ويستغلها العاقد الآخر، بل ترك الباب مفتوحاً لتحقيق العدالة والتوازن العقديين في كافة الظروف وأوجه النقص النفسي أو الاجتماعي أو الاقتصادي التي قد تكون في العاقد ويستغلها العاقد الآخر في ابرام العقد.

٢ ـ انه يفترض في حالة التعاقد في مثل هذه الظروف أن العقد قد تم تحت تأثير النفوذ غير الواجب أو نتيجة استغلال النقص، والقى عبء اثبات نفي ذلك وان العقد عادل، وابرم في حرية واختيار على عاتق الطرف الذي يريد أن يتمسك بالعقد، أي أنه وضع قرينة بسيطة قابلة لاثبات العكس لمصلحة الشخص الذي يدعي أنه تعاقد تحت تأثير النفوذ الأدبي والمعنوي فيكفي أن يثبت الأخير أوجه النقص المتوافرة فيه، حتى تقوم القرينة لصالحه، وعلى الطرف الآخر اثبات العكس.

وفي تقديرنا أن مزايا القانون الانجليزي تجعله أكثر استجابة لمتطلبات التضامن الاجتماعي والعدالة العقدية، وجدير بالذكر ان القانون الانجليزي لا يعرف نظرية الغبن البسيط المادية. (في تفصيل ذلك أنظر مؤلفنا: العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام في القانونين المصري والانجليزي المقارن ١٩٧٩ ص ٢٢٥ وما بعدها).

التعريف بالغبن البسيط والغبن الموصوف (المصحوب بالتغرير) في الفقه الإسلامي وقانون المعاملات المدنية:

يعرف الفقه الإسلامي الغبن بأنه النقص، والمراد به، أن يكون أحد العوضين مقابلاً بأقل مما يساويه في الأسواق، والغبن اما يسير واما فاحش، واليسير في العروض هو لا

يتجاوز ٥٪ وفي الحيوان ١٠٪ وفي العقار ٢٠٪ وما زاد على ذلك فهو غبن فاحش، ويرى فريق من الفقه ان الغبن الفاحش في العقار وغيره هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين. وهذا ما اعتنقه قانون المعاملات المدنية (م ١٨٨).

والأصل ان الغبن ولو كان فاحشاً لا يؤثر في لزوم العقد، إلا في حالات استثنائية، أما إذا كان الغبن مصحوباً بتغرير فيكون العقد غير لازم[وقد اعتنق قانون المعاملات هذا الحل بنصه في المادة ١٩١ على أنه «لا يفسخ العقد بالغبن الفاحش ...».

معنى ما تقدم أن قانون المعاملات لم يأخذ بالنظرية المادية للغبن التي تعتد بعدم التعادل في الالتزامات المتقابلة باعتبار قيمة الشيء المادية الا في حالات استثنائية، وانما يأخذ بها منظوراً إليها من الناحية النفسية أي على أساس معيار شخصي وبالنظر الى ظروف المتعاقد الشخصية، وهذه هي فكرة الغبن المصحوب بالتغرير باعتباره من عيوب الرضا. وهي تقابل نظرية الاستغلال المعروفة في الفقه الحديث. فهي تفترض أن عدم التعادل في الالتزامات المتقابلة مرده أن أحد المتعاقدين خدع الآخر بوسائل احتيالية ايجابية أو سلبية، فالسكوت عمداً عن ملابسة أو واقعه تؤثر في التعاقد يعتبر تغريراً. ويمكن أن يدخل في نطاق التغرير أو الخداع أن يستغل المتعاقد ما في الطرف الآخر من نقص تلقائي اجتماعي أو نفسي أو اقتصادي بحيث يستطيع السيطرة على تفكيره بدرجة تجعل ارادته غير حرة مختارة، وبذلك تؤدي فكرة الغبن المصحوب بالتغرير وظيفة نظرية الاستغلال المذكورة والمأخوذة بها صراحة في القانون الكويتي والقانون العراقي المستمدين من الفقه الإسلامي، وان كانت تفضلهما في أنها لم تحدد أوجه النقص التي يمكن أن يستغلها المتعاقد في الآخر.

وما انتهينا إليه تؤيده المصلحة الاستحسانية منعاً من استغلال الجانب الضعيف المطموع فيه، ويمكن أن يلحق في الحكم حالات الغبن المجرد وبالنسبة لمال اليتم والوقف وبيت المال اذا وقع عليهم غبن فاحش في أموالهم بيعاً أو شراء وهي ليست واردة بآية قرآن أو حديث نبوي على سبيل الحصر ولكنها تقوم على اجتهادات بمقتضى المصلحة الاستحسانية (أنظر المذكرة الايضاحية لقانون المعاملات المدنية م ٥٧٤) «قرر ذلك الشيخ مصطفى الزرقاء - مدخل الفقه العام - بحث عيوب الرضا جـ ١».

شروط أعمال جزاء الغبن المصحوب بالتغرير:

ويشترط لأعمال جزاء الغبن الموصوف الآتي:

١ - وجود غبن فاحش، أي عدم تعادل الالتزامات المتقابلة، لا يدخل تحت تقويم المقومين، وهذا هو العنصر المادي في الغبن الموصوف أو الاستغلال.

٢ ـ أن يكون مرد ذلك استغلال أحد المتعاقدين ما في الآخر من نقص تلقائي لا يد له فيه كالطيش البين، أو الهوى الجامح أو الحاجة، أو نقص مستثار ناتج عن استعمال الحيلة، وهذا هو العنصر النفسي، ويقتضي ذلك أن يكون المتعاقد مع المغبون عالماً بالنقص قاصداً استغلاله. (قارن نظرية الاستغلال الحديثة مؤلفنا سالف الذكر شرح النظرية العامة للالتزامات في قانون المعاملات المدنية).

واثبات الغبن الفاحش المصحوب بالتغرير وتوافر شروطه يقع على عاتق من يتمسك به، اذ الاصل براءة الارادة من العيوب، والبينة على من يدعي خلاف الأصل.

ومتى ثبت توافر شروط الغبن المصحوب بالتغرير كان لمن غرر به فسخ العقد، (م ١٨٧) ويسقط الحق في الفسخ بموت من له الحق في طلب الفسخ وبالتصرف في المعقود عليه كله أو بعضه تصرفاً يتضمن الاجازة، وبهلاكه عنده واستهلاكه وتعيبه وزيادته (م ١٩٢). معنى ذلك ان جزاء الغبن الموصوف يختلف عن جزاء الاستغلال في القوانين العربية، التي جرت في جملتها على جعله قابلية العقد للابطال أو انقاص التزامات العاقد المغبون، واذا طلب المغبون ابطال العقد، خرجت هذه القوانين عن القواعد العامة التي تحكم بطلان العقود، واجازت للمحكمة اما أن تجيب طلب المغبون بالبطلان، واما أن تنقص التزاماته بدلاً عن الحكم بالبطلان، وللمحكمة الموضوعية مطلق التقدير دون رقابة من محكمة النقض. واجازت بعض القوانين العربية اذا كان المطعون فيه عقد معاوضة أن يتوقى المتعاقد البطلان بأن يعرض ما تراه المحكمة كافياً لرفع الغبن (أنظر: م ١٢٩ مدني مصري وم١٣٠، مدني سوري).

أما مرور الزمان المسقط لدعوى الفسخ للغبن المصحوب بالتغرير، فلم يحدد له القانون زمناً خاصاً على نحو ما فعلت القوانين العربية الأخرى التي حددت زمناً قصيراً لسماع دعاوى الاستغلال اذ يجب أن ترفع هذه الدعوى خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة (١٢٩ مصري و١٣٠ سوري). ومن ثم لا تسمع دعوى الفسخ للغبن المصحوب بالتغرير بمرور الزمان بعد انقضاء خمسة عشر سنة من تاريخ العقد طبقاً للقواعد العامة (م ٤٧٣ معاملات) وذلك في حالة الانكار وعدم وجود العذر الشرعي، ولا شك ان ضمان استقرار المعاملات يقتضي تحديد مدة خاصة لعدم سماع الدعوى بمرور الزمان سواء بالنسبة لهذا العيب من عيوب الرضا، أو بالنسبة لتصرف ناقص الأهلية أو عقد المكره أو لمن وقع تحت تأثير غلط في أمر مرغوب فيه حيث جاء قانون المعاملات المدنية خلو من نصوص خاصة في هذا الشأن.

تطبيق خاص للغبن الموصوف في بيع السلم (م ٥٧٤):

ورد تطبيق خاص للغبن الموصوف في المادة ٥٧٤ من قانون المعاملات المدنية، وهو يشبه الى حد كبير من حيث الصياغة نظرية الاستغلال المأخوذ بها في معظم القوانين

العربية وان اقتصر الاستغلال فيه على وجه واحد من وجوه النقص الممكنة في المتعاقد وهو الحاجة، ويجري هذا النص كالآتي:

١ - إذا استغل المشتري في السلم حاجة المزارع فاشترى منه محصولاً مستقبلاً بسعر أو بشروط مجحفة اجحافاً بيناً كان للبائع حينما يحين الوفاء أن يطلب من المحكمة تعديل السعر أو الشرط بصورة يزول معها الإجحاف وتأخذ المحكمة في ذلك بعين الاعتبار ظروف الزمان والمكان ومستوى الأسعار العامة وفروقها بين تاريخ العقد والتسليم طبقاً لما جرى عليه العرف.

٢ - وللمشتري الحق في عدم قبول التعديل الذي تراه المحكمة واسترداد الثمن الحقيقي الذي سلمه فعلاً البائع وحينئذ يحق للبائع أن يبيع محصوله لمن يشاء.

٣ - ويقع باطلاً كل اتفاق أو شرط يقصد به اسقاط هذا الحق سواء أكان ذلك شرط في عقد السلم نفسه أم كان في صورة التزام آخر منفصل أياً كان نوعه».

ويتضح من هذا النص أنه يخول البائع في السلم حق طلب تعديل السعر أو الشروط الواردة بالعقد متى توافر شرطان الأول ذو طبيعة مادية، والثاني ذو طبيعة نفسية.

الشرط الأول:

أن يتضمن العقد سعراً أو شروطاً مجحفة اجحافاً بيناً بمعنى فقدان التعادل بين قيمة ما يأخذ البائع وقيمة ما يعطي، وهذا هو العنصر المادي في الاستغلال المعروف في القوانين الحديثة.

الشرط الثاني:

أن يستغل المشتري في السلم حاجة المزارع، فالمتعاقد مع البائع المغبون (الزارع) يجب أن يكون عالماً بحاجته قاصداً استغلالها، وهذا هو العنصر النفسي في الاستغلال.

ومتى توافر هذان الشرطان كان للبائع في السلم أن يطلب الى المحكمة تعديل السعر أو الشروط بصورة يزول معها الإجحاف.

وحق المحكمة في تعديل الثمن والشروط المجحفة في هذه الحال بدلاً من البدء بالفسخ أخذا بالأدنى في اقامة العدالة مع احترام ارادة المشتري في اعطائه حق الفسخ في النهاية إن لم يوافقه التعديل. وهذا الحكم مأخوذ عن الفقه الحنفي (راجع المذكرة الايضاحية).

والأحكام المتقدمة من النظام العام لا يجوز الإتفاق على ما يخالفها ويلاحظ ان دعوى الاستغلال سالفة الذكر لم يحدد القانون زمناً معيناً لا تسمع بعده، ومن ثم فإنها لا تسمع بمرور الزمان وفقاً للقواعد العامة أي بمرور خمسة عشر سنة من تاريخ العقد (م ٤٧٣ معاملات) وهي في ذلك مثل باقي عيوب الرضا.

وهذا التطبيق الخاص لنظرية الاستغلال يؤكد ان المشرع في دولة الإمارات لم يفته الأخذ بنظرية الاستغلال الحديثة، وانما اعتد بها في صياغة إسلامية خاصة في صورة الغبن المصحوب بالتغرير سالفة الذكر. وغني عن البيان ان القضاء استطاع في حالات كثيرة أن يكفل حماية الطرف المغبون اذا ابرم التصرف وهو مسلوب الإرادة، وهي الحالات التي لجأ فيها القضاء الى نظرية الاستهواء والتسلط على الارادة. مثل ذلك ان قضي بإبطال عقد بيع لفساد رضاء البائع بسبب كونه متقدماً في السن ومصاباً بأمراض مستعصية من شأنها أن تضعف ارادته فيصير سهل الانقياد خصوصاً لأولاده المقيمين معه الذين صدر العقد لهم (نقض مدني في ٢ يناير ١٩٤١، مجموعة القواعد القانونية جـ ٣ ص ٢٢٦ رقم ١٨٩، أنظر كذلك نقض مدني في ٢٩ ابريل ١٩٤٣، مجموعة القواعد القانونية جـ ٤ ص ١٥٢ رقم ٥٥). كما قضى بعدم التزام ورثة المتوفي بما تعهد به في سند صدر منه وهو في حالة مرضية تهدد حياته بالخطر مما جعله يفكر في الانتحار فضلاً عن كونه في حالة عقلية تجعله مسلوب الارادة (استئناف مصر في ٢١ مايو ١٩٣٣ المحاماة ١٤ ـ ١٦٧ ـ ٨٦).

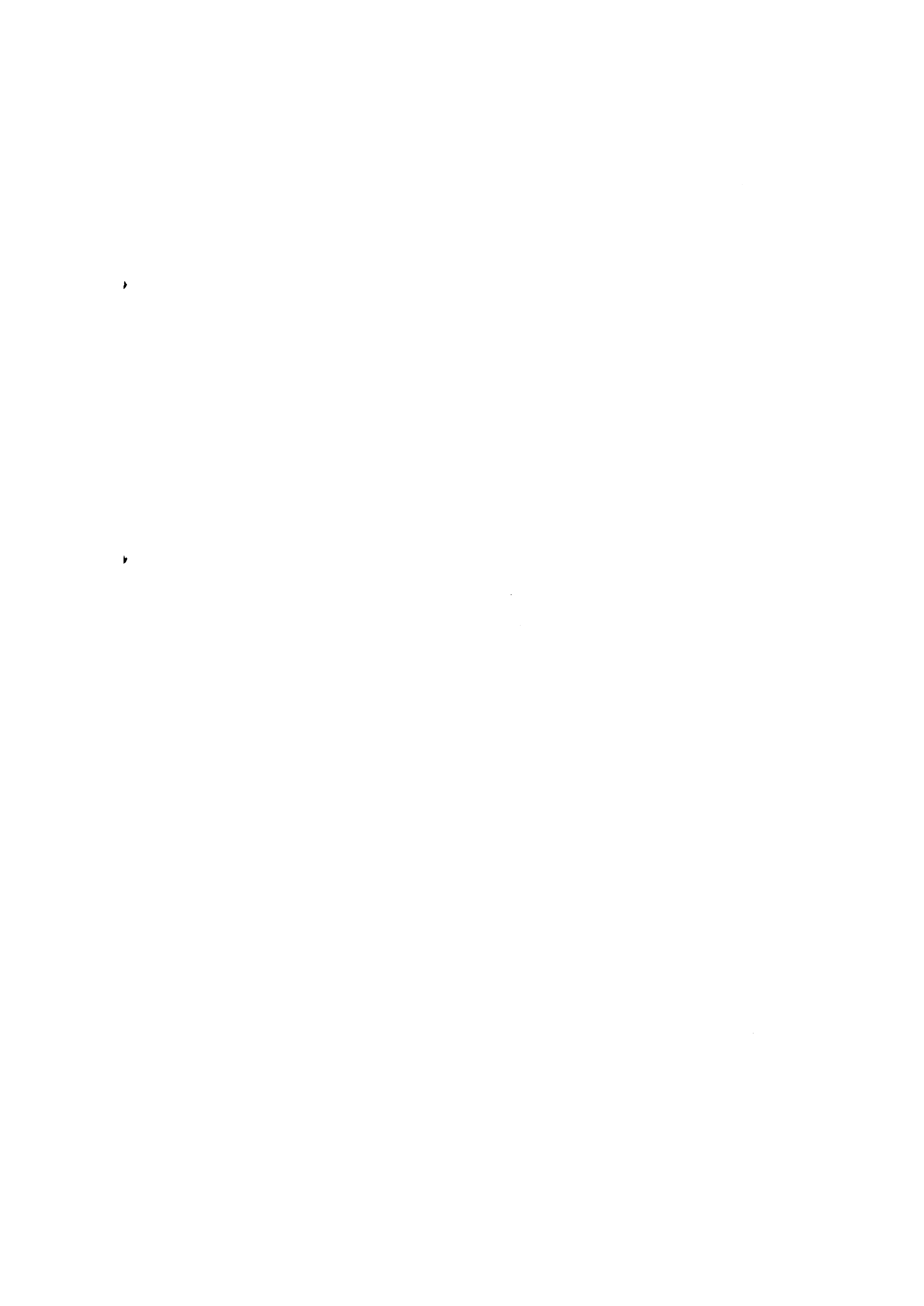
وبعد، نأمل أن نكون قد أعطينا فكرة مبسطة عن النظرية العامة في الغش ووسائل محاربته في الأعمال القانونية وتطبيقاتها المختلفة، كما نأمل أن نكون قد أثرنا تساؤلات حول مدى اعتبار الغبن المصحوب بالتغرير كافياً للقيام بوظائف نظرية الاستغلال المعروفة في القوانين الحديثة ومدى ضرورة تحديد مدة خاصة لعدم سماع دعاوى عيوب الرضا بمرور الزمان.



ثانياً: المحاضرات

يسرنا أن نقدم في الجزء الخاص بالمحاضرات نص المحاضرة التي ألقاها البروفسير صالح آل طوق عميد كلية الالهيات بجامعة مرمرة باسطنبول عن: «العلاقات التركية ـ العربية ماضيها وحاضرها ومستقبلها» في يوم الثلاثاء المصادف ١٦ فبراير ١٩٨٨ في فندق الانتركونتيننتال بأبوظبي.

ويتم نشر نص هذه المحاضرة بناء على رغبة ابداها الأستاذ الدكتور الجليل صاحب المحاضرة بعد اطلاعه على مجلة الشريعة والقانون.



بسم الله الرحمن الرحيم

زملائي الأساتذةُ الأفاضلُ

حضراتِ السادة المدعوّين

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

إنه لَمِنْ دواعي الغِبطةِ والسرورِ لي أن ألتقي بكم، وأنتم النخبةُ الممتازة من رجالاتِ العلم والفكر في دولة الإمارات العربية المتحدة الشقيقة، من خلال محاضرة عن العلاقات التركية ـ العربية، ماضيها وحاضِرها ومستقبلها، ألقيها على حضراتكم بصفتي عميداً لكلية الالهيات بجامعة مرمرة باسطنبول، وعضواً قديماً في سِلْك التعليم الإسلامي في تركيا، البلد الذي يَدين بالإسلام بِمُعَدَّل تسعةٍ وتسعين بالمائة من تعدادِ سكانه.

وحدة مصيرية

إخواني الأكارم:

إن الحديث عن العلاقات التركية ـ العربية، حديث طويل تمتد جذورُه إلى ما قبل عصور طويلة، لو أردنا أن نستقصِيَ أخبَارَه، ونوفيَهُ حقه، لأحْوَجَنَا ذلك إلى إعدادِ مجلداتٍ ضخمةٍ من الكتب. وكلُّ ما توخّينا، في هذه العُجالة، هو عرض فكرة موجَزة عن هذه العلاقات، ورسم صورة واضحة لها تعيد إلى الأذهان ما كان بين شعبينا التركي والعربي من وحدة مصيرية كانت قائمةً على أخوة دينية، وتراثٍ مشترك ومنفعةٍ متبادلة، وأمنٍ قومي ووطني لهما، عبر مئات السنين. والوحدة المصيريةُ هذه لا تزال قائمةً بحكم إنتمائهما إلى الإسلام الحنيف، رغم ما أصابها من ضعف وفتور في الآوِنة الأخيرة، من جرّاء تعرُّض الأقطار الإسلاميةِ كلِّها، من أقصاها إلى أقصاها، إلى غَزْوٍ ثقافــيٍ أجنبي من الغرب والشرق، جاء كنتيجة حَتْمِيّةٍ لتوقُّف الحضارة الإسلامية عن دورها القِيَاديّ في العالم، وتعرُّض المناهج التربوية فيها إلى موجات الاستشراق، والتغريب، والعِلمانية، بحيث أصبح الخطرُ الفكريُّ يهدد معتَقَدات أبناء المسلمين، لولا أن أدركتِ الدَّولةُ الحديثة ـ على اختلاف تطلّعاتها السياسية والفكرية والعقيدية ـ أهميةَ

المؤسسةِ التعليمية، وخُطورةَ دَوْرِها التربويِّ في تَنْشِئَة الأجيال الصاعدة، فجعلتِ التّعليمَ ضمن اختصاصاتها العليا، وتحت سيطرتها الكاملة، ورصَّدت له الأموالَ، والخِبْرات، واعتبرته في مستوى أهمِّيَةِ الأمنِ للبلاد، والدفاعِ عنها.

تاريخ العلاقات

والعلاقات التركية - العربية يعود تاريخُها إلى القرن السابع الميلادي، ولكننا لا نعْدوُ الحقيقة إذا قلنا بقيام العلاقات بين أبناء الشعبين اعتباراً من القرن السادس، وقبل مولد النبي - صلى الله عليه وسلم -. كان ذلك عن طريق الدولة الساسانية في إيران، حيث إن بعض العناصر من كلا الشعبين التركي والعربي كانت في خدمة الساسانيين، أو تحت حكمهم وإدارتهم. ويذكر لنا التاريخ أن العناصر التركية لعبت دوراً هاماً في الشئون الداخلية لايران:

من ذلك أن «نوشيروان» من القرن السادس (٥٣١-٥٧٩) كان قد تزوج ابنة الخاقان التركي.

ومن ذلك أيضاً أن الجيش الساساني الذي غزا اليمن واحتلّها أيام مولد الرسول محمد بن عبدالله - صلى الله عليه وسلم - كان يضم بين صفوفه عدداً من المحاربين الأتراك. ومن أجل ذلك فإننا نجد بعض الشعراء العرب من الجاهليين والمخضرَمين يذكرون الأتراك في اشعارهم، كما يقوله المؤرخ التركي «رمضان شنن» في مقالته التي نشرتها مجلةُ «تركيات» الصادرة باسطنبول، تحت عنوان: «العرب الأقدمون والأتراك» في عددها الصادرِ عام ١٩٦٩.

كما أن سمية - رضي الله عنها -، أمَّ الصحابي الجليل عمّارِ بنِ ياسر، وأولَ من استشهد في الإسلام كانت جارية أهداها والي «زنداورد» الايراني إلى الطبيب العربي الحارث بن كلدة الثقفي، وكان اسمها «باميخ»، وهي كلمةٌ تركيةٌ بمعنى «القطن» في العربية، وقد دَرَجَ الأتراك على استعمالها اسمَ عَلَمٍ للنساء.

مؤثراتٌ حاسمةٌ

وجدير بالذكر ان هذه العلاقات التركية - العربية الـمُمْعِنة في القِدم أدت إلى خلق مؤثرات حاسمة تبلورت عنها آراء وأفكار اتمت بالايجابيةِ مرة، والسلبية أخرى، من أحد الطرفين للآخر، وأسْنِدت أحاديثُ كثيرةٌ في ذلك إلى النبي - صلى الله عليه وسلم -. حتى إن أبا عيسى محمدَ بنِ عيسى الترمذي (٢٠٩ - ٢٧٩ هـ) صاحبَ كتابِ السنن أو الجامع الصحيح المعروفِ باسمه يذكر في «باب قتال الترك» حديثاً ليس فيه تصريحٌ باسمِهم، ولكنه مشتمل على بعض صفاتٍ حملها الترمذي على الترك وعَنْونَ الحديثَ به. والجاحظ يتناول بعضَ هذه الأحاديثِ المروية ضد الأتراك، يتناولها

بالطعن في صحتها ويذكر ما للأتراك من مواقفَ مشرفةٍ في خدمة الإسلام، والدفاع عن الخلافة الإسلامية.

العهد الأموي في العلاقات

وفي بدايات القرن الثامن الميلادي، أيام الفتوحات الإسلامية في آسيا الوسطى، قامت الحروب والمناوشات بين الطرفين، وسادت في علاقاتهما حِقْبة من الزَمَن تمايزت بالشدة والتوتر حتى نهايةِ العهدِ الأموي. وإذا استثنينا بعض الأحْداث الانفرادية فليس للترك اقبالٌ على الدخول في الإسلام، والانخراط في سِلك الخدمة للأمويين.

العهد العباسي في العلاقات

وعندما قام العصر العباسي على خلافةِ أبي العباس سنة اثنتين وثلاثين ومائة هجرية الموافق سبعمائة وخمسين ميلادية، بدأت مرحلةٌ جديدة في العلاقات التركية ـ العربية من جراء السياسة الخارجية التي انتهجتها الدولة العباسية واعتمدت بصورة عامة الدِفاعَ، لا الهجوم. كما أن المساعدات التي قدمها العرب للأتراك في كفاحهم ضد الصينيين لعبت دوراً هاماً في التقريب بين الشعبين، ونشطت الحركةَ الإسلامية بين الترك، فأصبحوا يدخلون في دين الله أفواجاً وقبائل.

الأتراك في خدمة الإسلام

ودخول الأتراك في الاسلام أدّى الى تغيير جذْري في ثقافتهم، فاستبدل الأتراك المسلمون حروفهم الأورخونية والأويغورية بالحروف العربية، وطوروها بشكل يلائم لغتهم القومية. ومنذ ذلك التاريخ اشترك الأتراك المسلمون في الجيوش العباسية بأعداد كبيرةٍ ضد البزنطيين. ولما آل أمر الخلافة الى المعتصم أراد أن يتخلص من أجواء بغداد فبنى لنفسه ولجيشه التركي الجديد مدينة «سامراء» التي أضْحَت عاصمةً لدنيا الإسلام لمدةٍ خمسين سنة. والأتراك المسلمون عدا اشتراكهم الجيوش العباسية، واستخدامهم في وظائف عسكرية من قبل العباسيين ـ شَغَلَوا مناصب عليا في الدولة، بما فيها الوزارة، والولاية.

ومما لا شك فيه، أن وقوف العرب والأتراك صفاً واحداً في وجه البزنطيين، وقيامهم على صعيدٍ واحدٍ للدفاع عن دولة الإسلام وأمتِهِ قَوّى أواصر الأخُوة، والمودَة بينهم، وربط بين مصائرهم، ويمكن العثور على أروع أمثلةٍ في ذلك في مَنْقِبةِ. كلٍ من الغازي البَطَل سيد، والغازي «دانشمند» حيث إن الأولَ ينحدر من أصل عربي من بلاد الشام، واسمه عبدُالله، واستشهد في معركة «أفيون قره حصار» عام ٧٤٠، ويَعْتَبره جميعُ الأتراك بطلاً شعبياً لهم، والثاني وهو الأمير دانشمند كوموشتكين الذي جاء

بعده بثلاثمائة وخمسين سنة وأبلى بلاء حسناً في قتاله ضد الصليبيين . ولا يزال يُضرب بهما المثَلُ في البطولة في الجهاد في سبيل الله . وما ذلك إلا لأن العرب والأتراك قد وحّد الإسلامُ بين قلوبِهم ومشاعِرهم وجعل منهم وحدة متماسكة ومتكاملة ذاتَ عنصرين مختلفين .

تحوّل الخلافةِ إلى الترك

ولما أصيبت الدولة العباسية بالضعف والوَهَن ، قامت في محلها أمارات ودُوَيْلاتٌ عديدةٌ ، اعترفت بالخليفة ، ولكنها استقلّت عنه في ادارة دَفَّةَ الحكم ، وتدوير شؤونها ، حتى إن الخلافة تردَّدت لفترة من الزمن بين مركزين اثنين ، هما بغداد والقاهرة ، واستمر الأمر على هذا المِنوال حتى تحولت إلى السلطان العثماني سليم الأول ، عقب فتحه مصر سنة ١٥١٧ ، وانتقلت تَبعاً لذلك عاصمة الخلافة الإسلامية لأول مرة في التاريخ الإسلامي من القاهرة العربية إلى الآستانة العثمانية . ولأول مرة أيضاً تولّى الخلافة الإسلامية خليفةٌ من غير أصلٍ عربيٍ ، وبالأحْرى من غير قريش . أمّا كيف آلت الخلافة إلى العثمانيين ، فهل كان ذلك بطريق التنازل ، أم بغيره ، فأنْسَبُ ما يقال فيه هو أن المسلمين جميعاً شَعَروا بقوة العثمانيين وسلطانِهم وهيبتِهم وجَدارتِهم منذ استطاع سليم الأول فتح بلاد الشام ، ومصر ، وضمَّ الحرمين الشريفين للدولة العثمانية ، كما كانوا قد أدركوا قبل ذلك مكان العثمانيين إثر سقوط القسطنطينية في أيديهم واحْتلالهم الجزء الكبيرَ من أوربا المسيحية . ومهما يكنْ من أمرٍ فإن الخلافة العباسية التي كانت قائمةً شكلا واسماً بالقاهرة إنقرضت عملياً بفتح العثمانيين لمصر ، وموتِ الخليفة العباسي المتوكل على الله ، وتحولّت إلى العثمانيين ، سواء أكان ذلك بالتنازل ، أم بطريقة أخرى . هذا وإننا لا نجد ذكر كلمة الخلافة أو الخليفة مع اسم السلطان سليم الأول عندما خُطِبَ باسمه يوم الجمعة على منابر مصر والقاهرة . ودعا له بعضُ الخطباء قائلاً :

«وأنصُرِ اللهم السلطانَ ملكَ البرين ، وكاسِرَ الجيشين ، ولسلطانَ العراقين ، وخادمَ الحرمين الشريفين ، الملكَ المظفّر سليم شاه ، اللهم انصره نصراً عزيزاً وافتح له فتحاً مبيناً ، يا ملكَ الدنيا والآخرة ، يا رب العالمين » .

والسلطان سليم الأول كان قد عَقَد العزمَ على توحيدِ الشعوبِ والأقطارِ الإسلامية كُلِّها ، فَتَسنّى له ذلك بقهر شوكةِ الشاه اسماعيل مؤسس الدولة الصفوية في ايران أولاً ، وضم بلدان سوريا ومصر ، والحجاز للدولة العثمانية ثانياً . وبذلك تحولت الدولةُ العثمانية الى امبراطورية مُتَرامِيَةِ الأطراف . والبلادُ العربية الواقعة في الشرق الأوسط وإفريقيا الشمالية توحدت تحت العلم العثماني ، وأمِنت على سلامة حدودِها ومعتَقَداتِها الدينية .

وما من شك في أن انقاذ الجزائر وتونس، وليبيا من الوقوع في براثن الإسبان، والتعرض لخطر التنصير إنما يعود الفضل في ذلك لاخوانهم العثمانيين.

الاندماج مع العرب

والواقع أن قدوم الأتراك للبلاد العربية، وتوطّنَهم فيها، واندماجَهم مع العرب كان قبل ذلك بكثير. والطولونيون الذين حكموا مصرَ في القرن العاشر الميلادي كانوا ينحدرون من أصل تركي. وكان مقدم السلاجقة الأتراك الى العراق، وسوريا في القرن الحادي عشر الميلادي. ثم إن القائدَ الإسلامي صلاحَ الدين الأيوبي الذي حرر القدس من الصليبيين كانت أمّه تركية، ومن كان في جيشه من الأتراك توطنوا مصر، واندمجوا مع العرب، وتعربوا وتدلنا الأبحاث التاريخية على أن المماليك الذين حكموا مصر بعد سقوط الدولة الأيوبية كان أغلبُهم من الترك.

النظام المدرسي والتعليم

كما تدلنا هذه الأبحاثُ على أن أولَ من أوجد نظاماً خاصاً في مجال التربية والتعليم في الإسلام، وأطلق عليه اسم «المدرسة» هم الأتراك المسلمون الأوائل. فكان التعليم قبلهم يجري عادة في المساجد بشكلٍ حلقات كانت حرة الحدود، ومفتوحةً لمن شاء. ولم يكن ثمة قيد أو شرط يمنع أي راغب في العلم من الجلوس الى أي حلقة يشاء. وصاحب الحلقة يحدد مكان جلوسه للتدريس، وموعده، والكتاب الذي يدرسه. وقد يتلو من حفظه، أو من كتابٍ أمامه، من تأليفه، أو له حق روايته، والحلقة قد تصغر حتى لا تضم أكثر من بضعة أنفار، وقد تكبر حتى تتسع الى عدة مئات من الناس، فيتولى المعيد تكرار كلام الشيخ، وقد جمعت المدرسة كل الامكانيات العلمية والاجتماعية للتلاميذ والمدرسين في مؤسسة واحدة. ثم خطا الأتراك خطوات هامة بتأمين موارد مالية كبيرة لها، باقامة وقفيات خاصة. وكانت هذه المدارس تتألف من غرف متراصة على ساحة المدرسة، وكانت ابنيتها - رغم وجود قاعات خاصة لاقامة الصلوات فيها - منفصلة عن المساجد انفصالاً تاماً. ومع الأيام ألحقت بها مرافق متمّمة من مكتبات وحمّامات، ومستوصفات، ومطابخ.

ونفقات هذه المدارس - على اختلاف خدماتها التعليمية والاجتماعية - كمرتبات المدرسين، ومنح الطلاب، وانشاء المرافق، ومقابلة مصاريفها لم تكن خاضعة لميزانية الدولة، بل كانت تؤمن من قبل وقفيات خاصة، كما اشرنا إليه آنفاً. وكانت تتمتع بحرية التعليم، تلك الحرية التي لا تزال هي الأمل المنشود لكثير من الجامعات الشرقية والغربية في عالمنا اليوم.

أول مدرسة في الإسلام

ومما ثبت تاريخياً ان أول مدرسة في الاسلام بناها الأتراك وهي مدرسة نيابور، ويعود تاريخها الى عهد السلطان السلجوقي طوغرول بك (١٠٣٧ ـ ١٠٦٣)، إلا أن اشهر مدرسة في مدينة نيابور هي المدرسة النظامية دون شك، اقامها نظام الملك المتوفـى سنة ١٠٩٣م، للعالم الكبير الجويني الشهير بامام الحرمين. ونظام الملك الذي شغل منصب الصدارة في عهدي السلطانين السلجوقيين آلب أرسلان، وملكشاه، بنى مدرسة أخرى في بغداد عام ١٠٦٦م، للفقيه الشهير بابن اسحق الشيرازي، تعرف باسمه أيضاً، وتعتبر حدثاً هاماً في تاريخ الحضارة الإسلامية، حيث اكتسبت بها المدارس الاسلامية طابعاً تأسيسياً جديداً، وبدأت تعرف في التاريخ بالمدارس النظامية. وقد تولى ادارتها، لفترة من الزمن، حجة الاسلام الإمام أبو حامد الغزالي رحمه الله وهكذا بدأ الطلبة عرباً وأتراكاً ينهلون من ينابيع العلم والمعرفة، ويتمتعون بامكانات وظروف تعليمية أفضل. وما لبثت ان انتشرت هذه المدارس النظامية ـ كما هو معلوم ـ في كل من دمشق، والقدس، والقاهرة، والمدن الاسلامية الأخرى. وقام العرب والأتراك على خدمة العلم فيها ونشر الثقافة الاسلامية عن طريقها، تلاميذ ومدرسين.

علاقات تربوية

والاهتمام البالغ الذي أولاه السلاجقة الأتراك للمدارس وشؤون التعليم ظل قائماً لدى العثمانيين أيضاً. فأنشأ العثمانيون عدداً كبيراً من المدارس، في مدن مختلفة من الأناضول، والبلقان.

والجدير بالذكر أنهم استعانوا بكثير من المدرسين العرب في التدريس والتعليم في هذه المدارس، وفيهم العلماء من العراق، وسوريا، وفلسطين، وافريقيا الشمالية، ومصر بصورة خاصة.

وهذه المساهمة العربية في مجال التعليم تعد أول خدمة علمية قدمها العرب للدولة العثمانية، على نطاق واسع. ولهم خدمة علمية أخرى، لا تقل أهمية عنها، قدموها للجمهورية التركية، في أعقاب الحرب العالمية الثانية مساندين بها حركة احياء الثقافة الاسلامية في تركيا الحديثة وسنتناولها فيما بعد بشيء من التفصيل.

والمؤسسات التعليمية والتربوية التي أقامها السلاجقةُ ومن بعدهم العثمانيون كانت تتفرّع من مركزين رئيسيين:

أولاً ـ سمرقند ـ بغداد، في العلوم العقلية.

ثانياً ـ القاهرة ـ الشام، في العلوم النقلية.

وفي الوقت الذي كان هذان المركزان يمدان كل المؤسسات التعليمية والتربوية التي أقامتها الدولُ التركية في مختلفِي أنحاء البلاد، بما لديها من علوم ومعارف، في هذا

الوقت بالذات، كان بعض علماء الأناضول يفدون الى مصر والبلاد العربية الأخرى، للاسهام في نشاطاتها العلمية والثقافية. ومن الممكن تقديم أمثلة كثيرة على ذلك:

الشيخ البابرتي

منهم الشيخ أكمل الدين البابرتي (١٣١٤ ـ ١٣٨٤م)، وهو من مدينة «بايبورت» احدى المدن الأناضولية النائية، ففي القرن الرابع عشر الميلادي رحل الشيخ الى مصر، وأقام فيها، وأخذ عنه كثير من العلماء المعروفين في العالم الإسلامي، بينهم السيد شريف الجرجاني، وشمس الدين الفناري، والشيخ بدر الدين قاضي صماونة، والملا حاجي باشا، والشيخ شمس الدين محمد الجلبي (١٣٥٠ ـ ١٤٣١م)، أول شيوخ الإسلام للعثمانيين. والشيخ الجلبي تلقى مبادىء العلوم في الأناضول، على علاء الدين الأسود، وجمال الدين الأقرايي، ثم سافر الى مصر، وتتلمذ على الشيخ أكمل الدين البابرتي المذكور، وأتم دراسته العالية في مصر ثم عاد الى الأناضول، وعُين مدرساً في مدرسة «مناستر» بمدينة «بورصه» ثم شغل قضاء بورصه مرتين.

الملا الفناري

ومنهم أيضاً الملا الفناري الذي اصطحبه «تيمور» مع محمد الجزري إلى «سمرقند» بعد أن هزم يلديرم بايزيد في معركة «أنقرة» سافر إلى الحجاز، ثم مصر، ومكث فيها مدة، ثم سافر الى القدس، وأقام مدرسة ومسجداً هناك، ثم عاد الى تركيا ليتولى منصب شيخ الاسلام.

وكذلك الشيخ داود القيصري المتوفـي عام ١٣٥٠م، الذي كان أول مدرس في أول مدرسة عثمانية أقامها الغازي «أورخان» بمدينة «أزنيق» تلقى مبادىء العلوم في مدينة «قرمان» ثم رحل الى القاهرة، ودرس فيها الحديث، والتفسير، وأصول الفقه، ولما عاد الى الأناضول عينه الغازي أورخان مدرساً في المدرسة الآنف الذكر، وكانت هذه المدرسة نواة للمدارس العثمانية التي انشئت بعدها كما كان الشيخ القيصري قدوة صالحة لمن جاء بعده من المدرسين.

والشيخ (فناري زاده) حسن الجلبي المتوفـي عام ١٤٥٥م الذي عمل مدرساً في المدرسة الحلبية بمدينة «أدرنه» كان قد رحل الى مصر، بإذن من السلطان محمد الفاتح، وتخصص في علوم التفسير والحديث.

وعهد السلطان يلديرم بايزيد يعد منطلقاً للعلوم النقلية عند العثمانيين، ولا سيما العلوم القرآنية. ولما بنى مسجده المعروف باسم «أولو جامع» (الجامع الكبير) في مدينة «بورصه» استدعى من مصر الشيخ شمس الدين الجرجاني المتوفـي عام ١٤٢٩م،

وأقام له جناحاً خاصاً بجانب المسجد، وأطلق عليه اسم «دار القراء» التي غدت فيما بعد نموذجاً لدور القراء التي انشئت على مدى العهود لسلاطين بني عثمان، وكان يدرس فيها كتاب الجزري، والقصيدة اللامية لأبي محمد الشاطبي.

وفي القرن السادس عشر الميلادي، استدعى محمد باشا الصقلي، بأمر من السلطان سليمان القانوني، الشيخ أحمد المصري الى اسطنبول، وعينه في امامة مسجد أبي ايوب الأنصاري رضي الله عنه باسطنبول، وبدأ الشيخ يلقي دروساً في علم القراءة على طريقة «التيسير» وهذا النمط الذي أتى به الشيخ المصري في القراءة سمي بعد عام ١٥٩١م بطريق اسطنبول في القراءة، واشتهر به.

وكان علماء السلاجقة ومن بعدهم العلماء العثمانيون يتلقون دراساتهم العالية في الغالب في مدارس سوريا، ومصر، وايران، وآسيا الوسطى.

ففي مدارس سوريا ومصر كانوا يدرسون النحو، والأدب، والتاريخ، والعلوم الشرعية من فقه، وتفسير، وحديث. أما في مدارس ايران، وما وراء النهر فكانوا يدرسون الرياضيات، والفلسفة، والهيئة، والكلام. والمخرجون من هذه المدارس، أو الوافدون من هذه البلاد الى الأناضول من العلماء هم الذين كانوا يشكلون الهيئات التدريسية، وكوادر التعليم في مدارس الأناضول.

وقد برز في البلاد العثمانية خلال القرنين الرابع عشر والخامس عشر عدد كبير من النوابغ في العلوم الشرعية والكلام، والفلسفة، والفلك، والرياضيات، فذاع صيتهم في الآفاق، وخلدوا أسماءهم بآثارهم العلمية القيمة حتى العصور الأخيرة. ومن أشهر هؤلاء:

١ ـ شرف الدين داود القيصري المتوفـى عام ٧٥١ هـ الموافق ١٣٥٠م، رحل الى القاهرة لمتابعة دراسته العالية فيها، وعند عودته الى الأناضول تعين مدرساً في مدرسة «أزنيق» التي كانت قد انشئت حديثاً.

٢ ـ الشيخ بدر الدين محمود المتوفـى عام ٨٢٣ هـ الموافق ١٤٢٠م، وهو ابن قاضي صماونه، رحل الى القاهرة أيضاً، لاتمام دراسته العالية فيها، بعدأن أنهى دراسته الثانوية في «أقراي» التابعة لمحافظة «قونيا» وانتسب الى الشيخ حسين الأخلاطي، ثم حل محله بعد وفاته. وكان من شيوخ السلطان المملوكي طاهر فرج، فحملته طموحه السياسية على اعلان ثورة على السلطان العثماني في «ايزمير» و«روم ايلي» إلا أن ثورته قد أخمدت، وألقي القبض عليه في «دلي أورمان» وقدم الى المحكمة، وصدر في حقه حكم الاعدام، ونفذ الحكم في سوق «سرز» عام ٨٢٣ هـ شنقاً. وله كتابان قيمان، أحدهما في التصوف وهو «الواردات» والآخر في الفقه وهو «جامع الفصول».

٣ ـ العالم خِضِر بك المتوفـى ٨٦٣ هـ الموافق ١٤٥٩ م وهو عالم جليل، جَرَت بينه وبين بعض العلماء القادمين من سوريا ومصر مناظرة علمية في حضرة السلطان

محمد الفاتح، ففاق عليهم، كما يذكر ذلك المؤرخ التركي المعاصر اسماعيل حقي (أوزون جارشيلي) في كتابه «علمية تشكيلاتي» (التنظيمات العلمية).

٤ ـ العالم جلال زاده صالح أفندي المتوفـي عام ٩٣٧ هـ الموافق ١٥٦٥م، وهو أخو العالم والمتفكر الشهير جلال زاده مصطفى الذي شغل منصب رئيس الكتاب في عهد السلطان سليمان القانوني لمدة طويلة. ولصالح أفندي هذا مؤلفات قيمة في التاريخ، والكلام، والفقه، والبلاغة، يبلغ عددها أربعة عشر مؤلفاً. تولى قضاء مصر، ثم عاد الى اسطنبول وانكب على البحث والتدقيق في داره الكائنة بالقرب من مسجد أخيه المعروف بـ «نشانجي جامعي» (مسجد نشانجي). ومن كتبه التاريخية تاريخ مصر الجديد، و(تاريخ البودِن) و(فتِحْنامهِ رُودوس)، و(موهاجْنامه).

والسلطـان سليـم الأول أراد أن يحشر علمـاء الأمصـار والأقطـار في العـاصمـة اسطنبول، كما تفعله بعض الدول العظمى اليوم فاستدعى بعد معركة «جالديران» كثيراً من أرباب الفن والصناعة من أهل تبريز الى اسطنبول، كما يقول المؤرخ التركي (حامي دانشمند) في كتابه «ايضاحلي عثمانلي تاريخي» (التاريخ العثماني المفصل)، كما أنه قام، قبل عودته من مصر، بارسال الخليفة المتوكل على الله محمد الثالث مع أفراد أسرته، وبعض العلماء الكبار، وأمراء الأسرة الحاكمة في مصر، والشخصيات البارزة فيها، وعدد غير قليل من المعماريين، والمهندسين، والتجار، والرواقين، وأرباب المهن والصناعات المختلفة، قام بارسالهم الى اسطنبول بطريق البحر، كما جاء في كتاب «يمنده عثمانلي حاكميتي» (الحكم العثماني في اليمن) للمؤلف التركي خلوصي ياووز.

وفي مضمار العلوم الكونية كانت الدولة العثانية قد قطعت أشواطاً بعيدة فيها أيضاً. فالمرصد الذي أقامه العثمانيون في (جهانكير) باسطنبول سنة ١٥٧٥م كان هو الأول من نوعه في تاريخ أوربا كلها، ومما يذكره المؤرخ (لُقمان) في كتابه التركي المخطوط «زبدة التواريخ» أنه صدر الفرمان من السلطان يقضي بمنح زعامة بستين ألف أقجة لمولانا تقي الدين المصري الذي انفصل عن قضاء مصر في أواسط رمضان سنة ٩٨٤ هـ بمرتب قدره ١٥٠ أقجة، وذلك لمهارته الفنية في علمي الفلك والرياضيات، وقدرته على القيام بالأعمال المرصدية.

وفي أعقاب الحرب العالمية الثانية قامت في تركيا حركة تعليمية دينية، ومحاولة لاحياء التراث الاسلامي ساهم في انجاحها العلماء العرب، والمؤسسات التعليمية والتربوية في البلاد العربية الشقيقة، وفي مقدمتها الجامع الأزهر، ساهموا جميعاً مساهمة كبيرة كانت على شكل قبول عدد كبير من الطلبة الأتراك في الدراسات الشرعية الأكاديمية والجامعية من ليسانس، وماجستير، ودكتوراه. وما من شك في أن عودة خريجي هذه المدارس والمعاهد العالية من الطلبة الأتراك الى بلدهم تركيا مجهزين بالعلوم والمعارف

الإسلامية، وتعيين عدد كبير منهم في سلك التعليم الإسلامي في أنحاء البلاد، من مدارس تحفيظ القرآن الكريم التي يبلغ تعدادها اليوم عشرات الألوف، ومن ثانويات شرعية، وثانويات عامة، وكليات الالهيات (الشريعة) من جهة، وقيامهم على نطاق واسع بترجمة الكتب العربية الإسلامية إلى اللغة التركية ونشرها من جهة أخرى، كل ذلك يعد خدمة علمية جليلة قدمها العلماء العرب المسلمون للجمهورية التركية في مجال التعليم الإسلامي والتوعية الإسلامية.

العمل من أجل توثيق العلاقات

وإيماناً من تركيا في توثيق علاقاتها، وترصين روابطها التاريخية مع البلاد العربية، في شتى المجالات والميادين السياسية، والاقتصادية، والثقافية، أخذت تشارك بشكل أكثر فعالية في المنظمات الاقتصادية والثقافية المتعددة الأطراف، كمنظمة المؤتمر الاسلامي، وبنك التنمية الاسلامي، والبنك العربي ـ التركي...

وخلال السنوات الأخيرة عقدت تركيا مع كثير من البلاد العربية والاسلامية اتفاقات ثقافية، تم بموجبها تبادل الطلبة، واعضاء التعليم بين الجامعات التركية والعربية. وهناك اليوم المئات من مختلف البلدان العربية ممن يحملون درجاتهم العلمية من الجامعات التركية.

وفي صيف عام ١٩٧٦ استضافت تركيا مؤتمر وزراء الخارجية لدول المؤتمر الاسلامي، وها هو الرئيس التركي السيد كنعان ايفرن يرأس اللجنة الدائمة للتعاون الاقتصادي والتجاري للمنظمة. كما خصصت قسماً هاماً من قصر يلديز التاريخي ليكون مقراً لمركز الأبحاث للتاريخ والفنون والثقافة الإسلامية) لمنظمة المؤتمر الإسلامي باسطنبول.

وفي عام ١٩٧٨م تم فتح مكتب لمنظمة التحرير الفلسطينية بأنقرة، وخفضت تركيا تمثيلها الدبلوماسي مع اسرائيل الى مستوى الكاتب الثاني، وطالبت بانسحاب اسرائيل من جميع الأراضي العربية التي احتلتها بعد حرب ١٩٦٧، ووقف الاعتداءات الاسرائيلية الأثيمة على مخيمات اللاجئين الفلسطينيين واقامة دولة فلسطينية بلسان رئيس جمهوريتها السيد كنعان ايفرين، كما تأسس أخيراً مركز لبحوث العلاقات التركية ـ العربية في جامعة «حاجت تبه» بأنقرة، ووقف خاص لدراسة العلاقات التركية ـ العربية باسطنبول، هدفه العمل من أجل تطوير العلاقات، وتوثيق الروابط الدينية والتاريخية، وتحقيق التعاون المثمر في كل المجالات بين تركيا والبلاد العربية الشقيقة، بشكل يخدم مصالح الطرفين، ويعود بالخير والنفع لهما معاً، كما جاء ذلك في المادة الرابعة من نظام تأسيسه الذي نص على أن فكرة تأسيس هذا الوقف انما جاءت من السيد وحيد خلف أوغلو وزير الخارجية للجمهورية التركية وقتذاك، حيث أن معاليه كلف السفير

المتقاعد السيد (اسماعيل صويصال) في شباط/فبراير ١٩٨٤ باتخاذ الاجراءات اللازمة لتأسيسه.

ومن ناحية أخرى، شجعت تركيا تعليم اللغة العربية في البلاد. فقامت بعض المراكز الثقافية للبعثات الدبلوماسية العربية في تركيا، وجمعيات الصداقة التركية ـ العربية وبعض الجامعات التركية، مثل جامعة «بوغاز ايجي» وجامعة مرمرة وجامعة اسطنبول في اسطنبول بتنظيم دورات خاصة في تعليم العربية للراغبين من أبناء الشعب التركي المسلم والجدير بالذكر ان الاقبال عليها كان عظيماً جداً. وهذه الخطوات الجريئة سيكتب لها النجاح والتوفيق إن شاء الله بتضافر الجهود، وتعاون المخلصين من كلا الطرفين.

أما الجهود الكبيرة التي بذلتها تركيا ولا تزال تبذلها من أجل تطوير علاقاتها الاقتصادية مع العالم العربي فكانت ناجحة في ايجاد تحسن كبير، وتطور ملموس فيها، خلال السنوات الماضية حيث ان حجم التبادل التجاري بين تركيا والعالم العربي ارتفع الى اضعاف ما كان عليه سابقاً، بفضل النوايا الحسنة، والمساعي والجهود المشكورة من الطرفين في تنمية وتطوير هذه العلاقات.

ومن الأهمية بمكان أن يعي الطرفان ماضيهما، وحاضرهما، ومستقبلهما المشترك، من خلال كتابات الدارسين، كما يقوله الأستاذ الدكتور (عمر كوركجي أوغلو) عضو التعليم في كلية العلوم الاقتصادية والادارية بجامعة «أورطه دوغي» (الشرق الأوسط) بأنقرة، وكلما زاد الاهتمام بهذا الجانب زادت أيضاً التوقعات بمستقبل أفضل في العلاقات بين الطرفين.

المسلمون أمة واحدة

اخواني الأكارم،

يجب أن لا يغرب عن البال أن المسلمين أمة واحدة، مهما اختلفت ألسنتهم وألوانهم، وتباعدت أصقاعهم وأقطارهم. فعليهم أن يصلحوا ذات بينهم، ويوحدوا كلمتهم، وان يكونوا يداً واحدة على من يعاديهم ويجافيهم. كما يجب أن لا يغرب عن البال أيضاً ان الصلات والعلاقات بين الشعوب والجماعات لا يمكن أن تستمر على نسق واحد من الوئام أو الخصام، والصفاء أو الجفاء، بل يعتريها كل ذلك، فتزداد قوة وحيوية، وتضعف حيناً آخر، وقد تتوقف وتتجمد الى حين. والعلاقات التركية ـ العربية مرت بجميع هذه المراحل. فلا أريد الخوض في تفاصيلها، وكل ما أريده، وأنا اختم حديثي اليكم، أن ألفت أنظاركم إلى أننا نعيش اليوم في عصر الأحلاف والتكتلات الدولية، تفرضها المصالح المتبادلة بين الأمم.

والمسلمون أحق بذلك من غيرهم. والأجدر بهم أن يعوا هذه الحقيقة في نبذ خلافاتهم، وتوحيد صفوفهم. وهذا ما اشار اليه الزعيم التركي الراحل (مصطفى كمال آتاتورك) في خطبه التي ألقاها على أعضاء المجلس النيابي التركي الأول بعد اعلان الجمهورية، وتوقع أن يقوم بين المسلمين اتحاد عندما تتهيأ لذلك الظروف الدولية، والأوضاع الداخلية لهم.

ولا أشك أبداً في أن التقارب والتفاهم بين الشعبين التركي والعربي، وتوثيق الروابط والعلاقات وتحقيق التعاون المثمر بينهما، لا يخدم مصلحتهما فحسب، بل هو في صالح السلام العالمي في المنطقة كلها، والعالم كله.

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

المحتـــويات

الصفحة